الجامعة الأردنية

نموذج التفويض

أنا ......نسيبة نور أسعد الحاج داميث......، أفوض الجامعة الأردنية بتزويد نسخ من رسالتي /أطروحتي للمكتبات أو المؤسسات أو الهيئات أو الأشخاص عند طلبهم حسب التعليمات النافذة في الجامعة.

التوقيع:

التاريخ:

حقوق الكفيل وواجباته في القانون المدني البروناوي والفقه الإسلامي

" دراسة مقارنة "

إعداد

سيتي نورأسمح بنت الحاج داميت

المشرف

الدكتور إسماعيل محمد حسن البريشي

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في

الفقه وأصوله

كلية الدراسات العليا

الجامعة الأردنية

آب، 2012م

قرار لجنة المناقشة

نُوقِشت هذه الرسالة (**حقوق الكفيل وواجباته في القانون المدني البروناوي والفقه الإسلامي: دراسة مقارنة**) وأجيزت بتاريخ : 2012/7/25م

أعضاء لجنة المناقشة		التوقيع
الدكتور إسماعيل محمد حسن البريشي أستاذ مشارك – كلية الشريعة	مشرفاً	....
الدكتور محمد السكر أستاذ مشارك – كلية الشريعة	عضواً	....
الدكتور محمد الطوالبة أستاذ مساعد – كلية الشريعة	عضواً	....
الدكتور أنس أبو عطا أستاذ مشارك – جامعة آل البيت	عضواً	....

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبيــاء والمرســلين ســيدنا وحبيبنا ونبيينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد.

فإنه بداية يشرفني أن أتقدم بعظيم الشكر إلى المملكة الأردنية حيــث أتاحــت لــي فرصة دراسة الماجستير في رحاب الجامعة الأردنية العريقة، والتي نهلت مــن علمائهــا الأجلاء في كلية الشريعة، الفقه والعلم الشرعي، فجزاهم الله خيــر الجــزاء، وحفهــم الله برعايته وعنايته وحفظه، وأمد الله تعالى في أعمارهم وأحسن أعمالهم.

وكذلك يطيب لي أن أقدم جزيل الامتنان لحكومة مملكة بروناي دارالــسلام التــي تكرمت علي بمنحة لإتمام دراستي العليا.

وأَتوجه بالشكر إلى مشرفي الجليل الدكتور إسماعيل محمد حــسن البريــشي والذي حرص على توجيهي وتصويبي في رسالتي خيرَ التوجيه والرعاية، ولم يبخل علي بعلمه، ثم أعضاء لجنة المناقشة الذين تكرموا بقبول مناقشة هــذه الرســالة وتقويمها بآرائهم السديدة، فجزاهم الله خير الجزاء.

وأخيراً أغتنم الفرصة لأشكر والديّ الكريمين اللذين أضاءا لي طريــق المعرفــة بنور تشجيعهما، رب ارحمهما كما ربياني صغيرا، وإلى زوجي وسائر أسرتي المحترمــة لما قدموا لي من دوام التشجيع والمساعدات الكثيرة حتى خرج هذا البحث فــي صــورته النهائية، فلهم جميعاً منّي الثناء راجياً لهم حسن الجزاء في الدنيا وخير الثواب في الآخرة.

فهرس المحتويات

حقوق الكفيل وواجباته في القانون المدني البروناوي والفقه الإسلامي: دراسة مقارنة

إعداد

سيتي نورأسمح بنت الحاج داميت

المشرف

الدكتور إسماعيل محمد حسن البريشي

الملخص

تناولت هذا الدراسة حقوق الكفيل وواجباته في القانون المدني البروناوي مقارنا بالفقه الإسلامي، وقد اشتملت الرسالة على أربعة فصول. جاء في الفصل الأول لدراسة المصطلحات الدراسة، وهي القانون المدني البروناوي، والكفالة في الفقه الإسلامي والقانون المدني البروناوي، وقد تبين في هذا الفصل، أن تعريف الكفالة في الفقه الإسلامي جاء أدق من القانون. وأما الفصل الثاني، فجاء بعنوان حقوق الكفيل في القانون المدني البروناوي مقارنا بالفقه الإسلامي، وقد تبين من خلال الدراسة وجود أوجه شبه واختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون المدني البروناوي في حقوق الكفيل، وقد اتفق القانون مع الفقه في حق الرجوع للكفيل، وقد تبين أن الحقوق التي أعطيت للكفيل في الفقه أكثر من القانون، وقد شكلت هذه الحقوق حماية أكثر للكفيل في الفقه الإسلامي. وأما الفصل الثالث فجاء للحديث عن واجبات الكفيل، وقد تبين لي من خلال هذه الدراسة اتفاق القانون المدني البروناوي والفقه في واجب الالتزام بأداء الدين، وقد تناول هذا الفصل طبيعة التزام الكفيل، وأنه متوازن مع التزام الأصيل. وأخيرا جاء الفصل الرابع للحديث عن بنك بروناي دار السلام الإسلامي وعرضت مجموعة من التطبيقات في هذا البنك حول حقوق الكفيل وواجباته، وأبرز ما تبين في هذه التطبيقات أن حقوق الكفيل غير منصوص عليها في عقد الكفالة بينما تذكر واجبات الكفيل بشكل واضح.

المقدِّمة

تناولت الدراسة موضوع القانون المدني لبروناي دار السلام فيما يتعلق بحقوق الكفيل وواجباته، ومن ثم مقارنته بالفقه الإسلامي، وذلك لما لهذا الموضوع من حاجة ماسة لتنمية ونقد المواد القانونية في القانون المدني لبروناي دار السلام في باب الكفالة.

وإن الدراسات الشرعية المتعلقة بالقانون المدني البروناوي ما زالت في بدايتها من أجل تطوير القانون، والتمهيد لتنميته على نحو يحقق مواءمته للفقه الإسلامي، والأخذ بالمعطيات المعاصرة، والظروف المتغيرة المؤثرة في بناء الحكم الشرعي، وتطبيقه في الواقع المعاش. ولذا، أرادت الباحثة أن تسهم في تقديم دراسة مفيدة بانية لهذه الأحكام الفقهية في القانون المدني في باب الكفالة في أهم جزئية فيه، وهي حقوق الكفيل وواجباته.

وقد تناولت هذه الرسالة موضوع "حقوق الكفيل وواجباته في القانون المدني البروناوي والفقه الإسلامي: دراسة مقارنة"، واحتوت هذه الرسالة مقدمة وأربعة فصول وخاتمة. وقد تضمنت المقدمة مشكلة الدراسة، وأهميتها، وأهدافها، ومنهجية البحث فيها. وأما الفصل الأول، فتضمن مفهوم الكفالة وعلاقتها بالمعاملات المالية المعاصرة، وتناولت فيها الباحثة أيضا التعريف بالقانون المدني البروناوي. وأما الفصل الثاني فتناولت الباحثة فيه المواد المتعلقة بحقوق الكفيل في القانون المدني البروناوي مقارنا بالأحكام الفقهية الإسلامية. وشمل الفصل الثالث المواد المتعلقة بواجبات الكفيل التي وردت في القانون المدني البروناوي والفقه الإسلامي والمقارنة بينهما. وأما الفصل الرابع فقد خصص لدراسة تطبيقات حقوق الكفيل وواجباته في بنك بروناي دار السلام الإسلامي والتعريف ببنك بروناي دار السلام الإسلامي. وأما الخاتمة فقد كانت لأهم النتائج التي توصلت إليها الباحثة من هذه الدراسة.

مشكلة الدراسة :

مازال القانون المدني البروناوي قيد الدراسة والمراجعة والتطوير، وقد ظهر لي بعض الثغرات في المواد القانونية المتعلقة بحقوق الكفيل وواجباته تمثلت في إيضاح بعض النقاد التالية، فأردت أن أسلط الضوء من خلال هذه الدراسة على أهم الثغرات، ومحاولة إيجاد البديل من خلال الفقه الإسلامي، ولتحقيق ذلك، فقد حرصت الباحثة أن تجيب على عدد من الأسئلة، أهمها:-

- § ما موقع هذه المواد القانونية من منظومة الأحكام الفقهية؟
- § ما النقد الموجه لها ، وكيف يمكن بناء هذه المواد القانونية في القانون المدني البروناوي المتعلقة بحقوق الكفيل وواجباته بناء على التعديل والإضافة؟
- § ما أثر تطبيق القانون المدني المتعلق بحقوق الكفيل وواجباته في المعاملات المصرفية في بنك بروناي دار السلام الإسلامي؟

أهمية البحث :

تتمثل أهمية الدراسة فيما يلي :-

- § حاجة القانون المدني البروناوي للنقد والتعديل وفق المستقر من أحكام الفقه الإسلامي في حقوق الكفيل وواجباته.
- § حاجة الباحثين والقضاة في بروناي لمعرفة هذه الأحكام.
- § حاجة المقنن في بروناي لتعديل أحكام القانون فيما يتفق والشريعة الإسلامية.
- § حاجة البنوك الإسلامية في بروناي لتصويب معاملاته بناء على البعد الشرعي السليم في التعامل مع هذا الموضوع .

أهداف البحث :

تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق الأمور الآتية :-

- § بيان الأحكام المتعلقة بحقوق الكفيل وواجباته في القانون المدني البروناوي.
- § مقارنة الأحكام المتعلقة بالمواد القانونية في حقوق الكفيل وواجباته في القانون المدني البروناوي بالنسبة لأحكام الفقه الإسلامي.

- تقويم المواد القانونية في القانون المدني البروناوي وتعديلها.
- إضافة بعض المواد القانونية اللازمة لإكمال منظومة الأحكام الفقهية في القانون المدني البروناوي المتعلق بالموضوع .
- دراسة التطبيقات العملية لأحكام حقوق الكفيل وواجباته شرعا وقانونا في المؤسسات المالية الإسلامية في بروناي .

الدراسات السابقة :

لم تجد الباحثة - على حسب علمها واطلاعها- دراسة في حقوق الكفيل وواجباته في القانون المدني البروناوي مقارنا بالفقه الإسلامي، غير أنها وجدت دراسات عن الكفالة في الفقه الإسلامي.

ويمكن الإشارة إلى بعض الدراسات التي تتعلق بالموضوع على النحو التالي :

1) **محمود أحمد مروح، الإبراء من الكفالة وصوره التطبيقية، رسالة جامعية (ماجستير)، الجامعة الأردنية، 1994م.**

احتوت هذه الدراسة على أهمية عقد الكفالة، وتعريفه وآثاره وأقسامه وأركانه وشروطه، وبيان طبيعة التزام الكفيل وما يترتب على هذا الالتزام من آثار، وأيضا توضيح أحكام الإبراء وآثاره على كل من الكفيل والأصيل (المكفول عنه).

وقد أفادت الباحثة من الدراسة في بحثها إلا أن هذه الدراسة اقتصرت على دراسة إحدى طرق انتهاء الكفالة؛ وهي الإبراء من الكفالة. ولم تتكلم في حقوق الكفيل وواجباته في الفقه الإسلامي، كما أن دراستها للحقوق والواجبات جاءت بالتفصيل ثم قامت بالمقارنة بين القانون المدني البروناوي والفقه الإسلامي. وختمت الدراسة بتطبيقات حقوق الكفيل وواجباته في بنك بروناي دار السلام الإسلامي.

2) **محمد حمد عبد الحميد عبد الحميد، الآثار المترتبة على الكفالة : دراسة مقارنة، رسالة جامعية (ماجستير)، الجامعة الأردنية، 1997م.**

تناولت هذه الدراسة أثر الكفالة على الكفيل والأصيل، وعلاقة الكفيل بالدائن من حيث المطالبة وأساسها وما يؤثر فيها، ومدى علاقة الكفيل بالأصيل إذا ما رُفعت دعوى من أحدهما على الآخر، ورجوع الكفيل على الأصيل وشروط ذلك، وبينت أيضا خطابات الضمان والتزام الكفيل بها، والطرق التي تزول بها آثار الكفالة. وبذل جهده في الترجيح بين الأقوال، والمقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الأردني.

وهذه الدراسة من المراجع المفيدة في موضوع الآثار المترتبة على الكفالة. وقد أفادت الباحثة منها في دراستها. وهذه الدراسة تتوافق مع دارستها في كثير من العناوين إلا أن هذا التتقاطع لا يعني التشابة في تناول الموضوع؛ لأن دراستها لحقوق الكفيل وواجباته دراسة مقارنة بين القانون المدني البروناوي والفقه الإسلامي. كما أن هناك فروقا جوهرية بين دراستها وهذه الدراسة، أهمها تطبيقاتها في بنك بروناي دار السلام الإسلامي وهو ما لم تتناوله الدراسة السابقة.

3) **وأحمد محمد إسماعيل برج، الكفالة بالمال وأثرها في الفقه الإسلامي : دراسة مقارنة وتطبيقات معاصرة، [دط] (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2004م)**

ينصب هذا المؤلّف أساسا على معالجة مشكلة تتناول مدى التزام الكفيل بأداء دين المكفول عنه عند حلوله بعذر أو دون عذر كأنْ يتقدم بعذر مطالبة المكفول عنه (المدين) وحق الرجوع على المكفول عنه بما غرم، وبيان مدى انطباق أحكام عقد الكفالة على خطابات الضمان والاعتمادات المستندية والتأمين التجاري، إلا أن هذا المؤلَّف ليس متعلقا بالقانون.

وقد أفادت الباحثة ما ورد في الكتاب في بحثها. وهذا الكتاب يتقاطع مع دراستها في بعض العناوين والمباحث، إلا أن هناك الكثير من الفروق، أهمها؛ أن هذا

الكتاب اقتصر على دراسة بعض حقوق الكفيل كحق الرجوع على المكفول عنه، ولم يفصل الحقوق الأخرى. ولم يبين أيضا واجبات الكفيل، بينما قامت الباحثة في دراستها بتبين حقوق الكفيل وواجباته بالتفصيل، وهو ما لم تتناوله الدراسة السابقة. ثم قارنت حقوق الكفيل وواجباته بين القانون المدني البروناوي والفقه الإسلامي. وبالإضافة إلى ما سبق، ختمت الدراسة بتطبيقاتها في بنك بروناي دار السلام الإسلامي.

ومما سبق تتبين أن ما تميز هذه الدراسة هو:

- § دراسة نقدية للمواد القانونية في القانون المدني البروناوي في حقوق الكفيل وواجباته.
- § مقارنة القانون المدني البروناوي بالفقه الإسلامي لإضافة بعض المواد وتعديل البعض الآخر.
- § دراسة تطبيقات لحقوق الكفيل وواجباته في بنك بروناي دار السلام الإسلامي.

منهج البحث :

ستقوم الدراسة على المنهج العلمي القائم على:

- § المنهج الاستقرائي: وذلك باستقراء المواد القانونية في القانون المدني البروناوي في حقوق الكفيل وواجباته.
- § المنهج التحليلي: وذلك من خلال تحليل المواد القانونية في القانون المدني البروناوي في حقوق الكفيل وواجباته تحليلا يبين أصلها الذي أخذت منه، وبالاستعانة بالشروح المتوافرة له .
- § منهج المقارنة بين المواد في القانون المدني البروناوي بالفقه الإسلامي.
- § نقد وبناء المواد القانونية في القانون المدني في حقوق الكفيل وواجباته بناء على المقارنة الفقهية والواقع المعاصر.
- § المنهج التطبيقي، وذلك من خلال تطبيق مفردات أحكام المواد القانونية على المعاملات المصرفية في بنك بروناي دار السلام الإسلامي.

خطة البحث :

قامت الباحثة بتقسيم هذه الرسالة إلى أربعة فصول وخاتمة

الفصل الأول: مصطلحات الدراسة

المبحث الأول: التعريف بالقانون المدني البروناوي دار السلام ومصادره

المبحث الثاني: مفهوم الكفالة وعلاقتها بالمعاملات المالية المعاصرة

الفصل الثاني: حقوق الكفيل في القانون المدني البروناوي مقارنا بالفقه الإسلامي

المبحث الأول: حقوق الكفيل في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: حقوق الكفيل في القانون المدني البروناوي

الفصل الثالث: واجبات الكفيل في القانون المدني البروناوي مقارنا بالفقه الإسلامي

المبحث الأول: التزام الكفيل بأداء الدين

المبحث الثاني: انتهاء واجبات الكفيل

الفصل الرابع: التعريف ببنك بروناي دار السلام الإسلامي وتطبيقات حقوق الكفيل وواجباته في بنك بروناي دار السلام الإسلامي

المبحث الأول: التعريف ببنك بروناي دار السلام الإسلامي

المبحث الثاني: أنواع الكفالة التي تتعامل بها البنوك الإسلامية

المبحث الثالث: أهمية الكفالة في صفقات القروض

المبحث الرابع: تطبيقات حقوق الكفيل وواجباته في بنك بروناي دار السلام الإسلامي عموما

الخاتمة

الفصل الأول

مصطلحات الدراسة

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التعريف بالقانون المدني البروناوي

المبحث الثاني: الكفالة وعلاقتها بالمعاملات المالية المعاصرة

المبحث الأول

التعريف بالقانون المدني البروناوي[1] ومصادره

المطلب الأول: القانون المدني البروناوي

قبل مجيء البريطانيين في القرنين السابع عشر والثامن عشر، كان القانون الإسلامي هو السائد ومصدر التشريع (الذي وصل إلى بروناي في القرن العاشر)، ولما أقرت التعاليم الإسلامية جرى تطبيق هذا التطور، ومع دخول القانون العام الإنجليزي تراجع ولم يعد نافذاً، وذلك أن القضاة لدى دخول النظام العام الإنجليزي حاولوا جهدهم تقليص تطبيق القانون الإسلامي، ولذلك كانوا يحاولون الحد من تطبيقه، مما أدى إلى تراجعه وأهملت معظم فرضياته[2].

بعد الاستقلال الكامل في سنة 1984م، النظام القانوني في بروناي يقوم على النظام العام الإنجليزي؛ لأن بروناي دار السلام كانت إحدى محميات المملكة المتحدة (بريطانيا) حتى عندما حصلت على الاستقلال الكامل، وعلى وضع قانوني ونظامي بناء

(1) لمحة موجزة عن سلطنة بروناي دار السلام: بروناي دار السلام سلطنة ملايوية إسلامية، وتقع بروناي دار السلام في شمال غرب ساحل جزيرة "بورنيو" (Borneo) جنوب شرقي آسيا، يتألف سكان بروناي من عدد من الجنسيات، وهي الملايوية، والصينيون، وجنسيات أخرى من الهنود، الإيبن والدوسون. وتعتبر اللغة الملايوية اللغة الرسمية للسلطنة، إن الدين الرسمي للسلطنة هو الدين الإسلامي، يدين به السكان على مذهب أهل السنة والجماعة.

(2) انظر:

Hjh Saadiah DDW Hj Tamit, (2006), **Pentadbiran Undang- Undang Islam di Negara Brunei Darussalam Pada Zaman British**, Kertaskerja Seminar Sejarah Brunei Sempena Sambutan Hari Kebangsaan Negara Brunei Darussalam,10-14.

Siti Zaliha Abu Salim, (1992) **Sistem Kehakiman dan Perbandingannya dengan Sistem Kehakiman Islam**, Tesis Ijazah Sarjana Pengajian Islam, Universiti Kebangsaan Malaysia, 78-79,102

على القانون الانجليزي العام ونظام محاكم إنجليزي، وإن بعض القوانين الأساسية في بروناي أُخذت من بُلدان أخرى تابعة للكومنولث؛ مثل استراليا، ماليزيا، والهند؛ مثل قانون العقود، والشركات والجرائم، والقذف المكتوب، والقذف الشفوي، والإثبات، والملكية الفكرية الإجرائية، وضعت (قننت) لتشمل القانون الإنجليزي العام[1] .

المطلب الثاني: مصادر القانون

إن القانون المدني في بروناي يستمد من عدة مصادر، وهي:-

أولها: الفقه الإسلامي (Islamic Law)

إن سلطنة بروناي دار السلام سلطنة ملايوية وإسلامية منذ أن أسلم "أواج ألق بتاتر" (Awang Alak Betatar) الملك الأول لبروناي وذلك حينما أسلم "أواج ألق بتاتر" (Awang Alak Betatar) الملك الأول لبروناي، ولكن تطورت وازدهرت حركة الدعوة الإسلامية في بروناي بصفة فعالة على يد الملك الثالث لبروناي وهو السلطان الشريف علي (1425-1432مـ)[2]، وخطط نظام الحكومة حسب المبادئ الإسلامية[3]، كما ورد

---

(1) Collin Ong, **Corporate Finance Legislation in Brunei**
شبكة الإنترنت: www.LEGALMEDIAGROUP.com
وانظر:
Siti Zaliha Abu Salim, **Sistem Kehakiman dan Perbandingannya dengan Sistem Kehakiman Islam**, tesis ijazah sarjana, 106-10

(2) انظر:
Mohd Zain bin Hj Serudin, **Brunei Sebuah Negara Islam: Latar Belakang Keislamannya**, Akedemi Pengajian Brunei, Brunei Darussalam, 178.
Awang Haji Mohd. Jamil Al-Sufri, (1990), **Tarsilah Brunei: Sejarah Awal dan Perkembangan Islam**, (cetakan pertama), Jabatan Pusat Sejarah, Kementerian Kebudayaan Belia dan Sukan, Brunei Darussalam, jld 1, 23

(3) انظر:
Yura Halim dan Jamil Umar, (1958), **Sejarah Brunei**, 21

أنه كان جادا في تطبيق شريعة محمد - صلى الله عليه وسلم - في بروناي[1]. ويمكننا أن نقول إن جهده كالمنطلق الأول في تطبيق الشريعة الإسلامية في القانون.

ثم في عصر السلطان محمد حسن (1582-1598مـــ)، وهــو الملــك التاســع لبروناي، تقدمت النظم الإسلامية في بروناي ووضع القانون المــسمى ب"أحكــام قــانون بروناي" الذي يشتمل على (47) فــصلا، ومعظــم قوانينــه موافــق لأحكــام الــشريعة الإسلامية[2].

ولكن بعد مجيء البريطانيين في القرنين السابع عشر والثامن عــشر، أصــبحت تطبيقات النظام الإسلامي ضيقة وتقلصت حتى أصبحت تدور حــول مجــال العبــادات، والمناكحات فقط[3] .

ثانيها: الدستور (The Constitution)

الهيكل الحكومي في بروناي دار السلام هو الدستور المكتوب، ويقوم على ثلاثــة أعمدة من فلسفة وطنية تعني – الملايوية ، الإسلامية ، الملكيــة - تــنظم دســتور دار السلام بروناي سلطاته الحكومية وفقا لمهام وصلاحياته المناطة ، كمــا يــنظم النــواحي التنفيذية حسب الشؤون المتعلقة بدار الــسلام، واختيــار مجلــس الــوزراء، والمجلــس التشريعي، والمجلس الاستشاري (الشورى)، والجمارك، والعــادات، والتقاليــد، ومجلــس التوريث، وما يتعلق بالمهام والمسؤوليات، والمبادئ التي تحكم الــصلاحيات، والأوامــر، وفقا لما جاء في الدستور وسبل وضع الإجراءات مع تحديث المجــالس التــشريعية كمــا سيرد لاحقا[4].

---

(1) انظر:

P.L Amin Sweeney, **Silsilah Raja-Raja Berunai**, JMBRAS, vol. 41, Part 2, 11

(2) انظر:

Hjh Masnon Hj Ibrahim, (2010), **Kanun Sultan Hasan Asas Pembinaan Bangsa Brunei**, Majlis Ilmu, Brunei Darussalam, 5

(3) انظر:

Siti Zaliha Abu Salim, **Sistem Kehakiman dan Perbandingannya dengan Sistem Kehakiman Islam**, tesis ijazah sarjana, 78-79,102

(4) شبكة الإنترنت: http://www.aseanlawassociation.org/legal-brunei.html

ووُضع دستور بروناي دار السلام في سبتمبر سنة 1959مـ بجهود السلطان الحاج علي سيف الدين سعد الخير والدين، الذي هو والد السلطان الحالي، كما أن دستور 1959مـ يمثل الخطوة الأولى نحو الاستقلال الكامل الذي صدر سنه 1948مـ، ومنذ 1959مـ خضع الدستور لعدد من التعديلات[1].

ثالثها: القانون الإنجليزي العام

القانون الإنجليزي العام مع تشريعات مماثلة تكون نافذة في بروناي على أن لا تتعارض مع الأوضاع في بروناي، أو مع سكانها، أو مع الأوضاع المحلية السائدة في المملكة[2].

رابعها: التشريعات القانونية (Legislative Enactments)

لدى دار السلام بروناي مجموعات من مجلدات قانونية ويوجد الآن حوالي 209 قانون موضوعة في مجلات تشمل على تشريعات وضعت قبل الاستقلال والأخرى الصادرة بعد الاستقلال، وأخرى أخذت من المملكة المتحدة يعود بعضها إلى سنة 1958، وبعضها عُدّل كليا أو جزئيا ليناسب الوضع الحالي، وبعضها حذف حسب تعليمات جلالة الملك والمدعي العام، ولا يعني أنها فُقدت صلاحيتها كقانون، وتعتبر صالحة ما لم يتم النص على خلاف ذلك، كما أن هناك عددا من المجلات الحكومية (المجلة الرسمية) تشمل[3] :

1. قوانين جديدة روجعت كي توضع كقانون .
2. تعديلات طرأت على قوانين جديدة .
3. تشريعات قانونية على قانون ما .

---

(1) شبكة الإنترنت: http://www.aseanlawassociation.org/legal-brunei.html
(2) المرجع السابق.
(3) المرجع السابق.

وصاحب الجلالة أو السلطان هو صاحب السلطة في إقرار القوانين[1]، والقـــوانين الجديدة التي اعتمدها صاحب الجلالة تنشر في المجلة الرسمية وتصبح نافذة المفعول مـــن تاريخ اعتمادها من صاحب الجلالة.

خامسها: قضايا قانونية / سوابق قضائية (Case Law/Judicial Precedent)

المحكمة العليا في بروناي تسترشد بالدستور المكتوب وبقوانين بروناي في تنفيـــذ مسؤولياتها وتطبيق قوانين بروناي ، ففي حال عدم وجود نـــص قـــانوني مكتـــوب يلجـــأ القضاة إلى المبادئ القانونية الواردة في القانون، أو إلى سوابق قانونية، وتُحفــظ القــضايا التي جرى البحث فيها في مجلدات سنوية يطلق عليها أحكام دار السلام، وكذلك ما يتعلـــق بعائلات غير إسلامية مع حالات أخرى تتعلق بالاستئناف[2]. وهـــي بـــذلك يقتـــرب مـــن المدرسة الإنجليزية التي يعتمد على السوابق القضائية.

---

(1) انظر:

Surat-surat perlembagaan Negeri Brunei, Perlembagaan Negara Brunei Darussalam 1959, (2004), Percetakan Kerajaan, Brunei Darussalam, bab 39, ceraian 1.

(2) شبكة الإنترنت: http://www.aseanlawassociation.org/legal-brunei.html

المبحث الثاني

الكفالة وعلاقتها بالمعاملات المالية المعاصرة

المطلب الأول: مفهوم الكفالة وطبيعتها

الفرع الأول: مفهوم الكفالة

الكفالة في اللغة: الضمان، يقال كفل يكفل كفلا وكفالة: وتعني الضم، ومنها: كفل الشخص الشيء إليه: ضَمَّهُ إليه[1]. ومنها: الالتزام، ومنه يقال: تَكَفَّلَ بالشيء أي ألزمه نفسه وتحمّل به، يقال: تَكَفَّلَ بالدين: التزم به[2]. جمع الكفالة كفالات أي الضمان، فقيل: الضمان مشتق من "الانضمام" لأن ذمة الضامن تنضم إلى ذمة المضمون عنه[3].

وأما الكفالة في الاصطلاح فلا تخرج في معناها الاصطلاحي عن معناها اللغوي، وذلك على النحو التالي :-

---

(1) ابن منظور، محمد بن مكرم، (711هـ/1311م)، **لسان العرب**، ط2، بيروت، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربية، 1993م، ج12، ص129 [مادة: كفل]. والفيروزابادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، (817هـ/1415م)، **القاموس المحيط**، (دط)، بيروت، دار الفكر، 1983م، ج4، ص45. وإبراهيم أنيس ورفاقه، (دت)، **المعجم الوسيط**، ط2، (دم)، المكتبة الإسلامية، ص793. جماعة من كبار اللغويين العرب، (دت)، **المعجم العربي الأساسي**، (دط)، (دم)، لاروس، ص1047 وما بعدها.

(2) إبراهيم أنيس ورفاقه، **المعجم الوسيط**، ص793. وابن فارس، **أحمد بن فارس**، (395هـ/1004م)، **معجم مقاييس اللغة**، ط1، بيروت، دار الجيل، 1991م، ج5، ص187.

(3) المرداوي، علي بن سليمان، (885هـ/1480م)، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1998م/1418هـ، ج5، ص169.

1) عند الحنفية تعريفان[1]:

أولهما: ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة مطلقا.

ثانيهما: ضم ذمة إلى ذمة في الدَين.

والأول الأصح[2] لأن كون تعريفها بالضم في المطالبة أعم لشموله الأنواع الثلاثة، لا يصلح توجيها لكونه أصح من تعريفها بالضم في الدين، لأن المراد به تعريف نوع منها وهو كفالة الدين[3].

2) عند المالكية

بحث فقهاء المالكية الكفالة تحت عنوان الحمالة والضمان كذلك الكفالة.

وتعريف الكفالة عندهم: شغل ذمة أخرى بالحق[4]، أي يشغل رب الحق ذمة الضامن مع الأولى وأراد الذمة بالجنس[5].

وعرفوها أيضا بأنها التزام مكلف غير سفيه دينا على غيره أو طلبه مَن عليه لمن هو له بما يدل عليه[6].

---

(1) ابن عابدين، محمد أمين، (1252هـ/1836م)، **حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، (دط)، بيروت، دار الفكر، 2005م/1426ه، ج5، ص414.

(2) ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، (861هـ/1457م)، **شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي**، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2003م/1424ه، ج7، ص153.

(3) ابن عابدين، **حاشية رد المحتار على شرح الدر المختار**، ج5، ص415.

(4) محمد بن عبد الله راشد، (736هـ)، **كتاب لباب اللباب**، ط1، (دم)، (دن)، 1424ه/2003م، ص214. والحطاب، محمد بن محمد، (954هـ/1547م)، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1995م/1416ه، ج7، ص30.

(5) الدردير، أحمد بن محمد، **الشرح الكبير**، (دط)، (دم)، إحياء الكتب العربية، (دت)، ج3، 33. والدسوقي، محمد بن أحمد، (1230هـ/1815م)، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1996م/1417ه، ج4، ص537.

(6) الدردير، أحمد بن محمد، (1201هـ/1786م)، **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**، (دط)، مصر، دار المعارف، 1393ه، ج3، ص429-431.

3) عند الشافعية

الضمان الشامل للكفالة، كأنه أخص والضمان أعم، ولهذا قد شاع عند الشافعية استعمال الضامن أو الضمين في الدين وأما الكفيل في النفس[1].

وعرف الشافعية الضمان: هو الالتزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار عين مضمونة أو بدن من يستحق حضوره[2]. شمل في هذا التعريف كفالة الدين، وكفالة العين، وكفالة النفس.

4) عند الحنابلة

كذلك عند الحنابلة هم فرقوا بين لفظي الضمان والكفالة، بأن الضمان يشمل المال، والكفالة تشمل البدن.

وتعريف الضمان عندهم: هو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق[3]، فثبت في ذمتهما جميعا[4].

بعد استعراض هذه التعريفات، يتضح لنا:

الأول: أن الذي يثبت في ذمة الكفيل هو المطالبة فحسب، كما قال الحنفية وهو الأصح عندهم، ولكن المقصود ليس كذلك، لأن الاتفاق (عند الحنفيه) على صحة هبة

---

(1) اختارت الباحثة كلمة "الكفيل" لعنوان بحثها لأن الضامن والضمين والكفيل بمعنى واحد.

(2) الشربيني، محمد بن محمد، (977هـ/1570م)، **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1414ه/1994م، ج2، ص84. وانظر: الرملي، محمد بن أحمد، (1004هـ/1596م)، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، ط1، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1426ه/1005م، ج4، ص275، والشربيني، محمد بن محمد، (977هـ/1570م)، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، ط1، بيروت، دار الفكر، بيروت، 1425ه/2005م، ج2، ص269. والقليوبي وعميرة، أحمد بن أحمد، (1069هـ/1659م)، وأحمد البرلسي، (957هـ/1550م)، **حاشيتا على كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين**، (دط)، بيروت، دار الكتب العلمية، 1423ه/2003م، ج2، ص515.

(3) المرداوي، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، ج5، ص170.

(4) ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، (620هـ/1223م)، **المغني على مختصر الخرقي**، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1429ه/2008م، ج4، ص66.

الدين والشراء به، ولأن اعتباره في الذمتين ممكن شرعا لأنه أمر اعتباري من الاعتبارات الشرعية، فجاز أن يعتبر الشيء الواحد في ذمتين [1]، فهذا يدل على أن الدين يثبت في ذمة الكفيل، ووضعت كلمة ((المطالبة)) ليشمل جميع الكفالة، كأنها لفظ عام عندهم بخلاف الجمهور بأن الكفالة خاصة لكفالة المال.

الثاني: وهو قول الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة، وهو أيضا القول الثاني عند الحنفية) قالوا أن الذي يثبت في ذمة الكفيل هو الدين والمطالبة معا، هم رأوا أن الكفالة هي ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق أي في الدين، فثبت الدين في ذمتهما جميعا[2].

والخلاصة: أن الكفالة هي ضم ذمة الكفيل إلى ضم ذمة المكفول عنه في المطالبة والدين معا.

تسمى الكفالة في الفقه الإسلامي بأسماء عدة، وهي: كفالة، وحمالة، وضمانة أو ضمان، وزعامة، ويقال للملتزم بها: كفيل، وحميل، وضمين، وضامن، وزعيم، وقبيل، وصبير، وغريم، وأذين[3] . وكل ذلك بمعنى واحد.

---

(1) ابن الهمام، شرح **فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي**، ج7، ص154.

(2) ابن قدامة، **المغني**، ج4، ص66. والزحيلي، هبة، (1427هـ/2006م)، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ط9، دمشق، دار الفكر، ج6، ص4143.

(3) انظر: الكاساني، أبو بكر بن مسعود، (587هـ/1191م)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1418هـ/1998م، ج7، ص389. وابن جزي، محمد بن محمد، (741هـ/1340م)، **القوانين الفقهية**، ط1، بيروت، المكتبة العصرية، 1420هـ/2000م، ص433. وابن رشد الجد، أحمد بن محمد، (520هـ/1126م)، **المقدمات الممهدات**، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1423هـ/2002م، ج2، ص69. وابن رشد الحفيد، محمد بن أحمد، (595هـ/1198م)، **بداية المجتهد ونهاية المقاصد**، (دط)، القاهرة، دار الحديث، 1425هـ/2004م، ج3، ص79. والرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، ج4، ص91. والشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، ج2، ص269. والحجاوي، موسى بن أحمد، (968هـ/1560م)، **الإقناع لطالب الانتفاع في فقه الإمام المبجل أبي عبد الله أحمد بن حنبل**، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2004م/1425هـ، ج2، ص91. والزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج6، ص4141.

ويستعمل أكثر الفقهاء كلمتي الضمان والكفالة على أنهما لفظان مترادفان يراد بهما ما يعم ضمان المال وضمان النفس، قال السرخسي: **((** هذا العقد اسمه الكفالة وموجبه الضمان**))** [1].

الكفالة في القانون المدني البروناوي

النظام السائد في بروناي بالنسبة للكفالة هو القانون الخاص بالعقود وهو يشتمل على (22) فصلاً وتبدأ في الفصل (77) إلى الفصل (100). وكما سبق ذكره في بداية الفصل أن الكفالة في القانون تسمى بالضمان، والكفالة كما ورد في القانون في المادة (79) فهي:

« عقد الضمان هو عقد للقيام بوعد أو إخلاء التزام عن الغير (طرف ثالث) في حالة عدم القيام أو التأخير في الدفع ويطلق على الشخص الذي يعطي الضمان (الكفيل)، والشخص الذي يُقدَّم عنه الضمان عن التأخير في الدفع يطلق عليه المدين الأصيل (الرئيس)، والشخص الذي يُقدَّم له الضمان يطلق عليه الدائن، وقد تكون الضمانة كتابة أو شفويا »[2].

من خلال التعريف السابق الكفالة في القانون، ترى الباحثة أنها عقد يحل فيه شخص وهو الكفيل محل آخر وهو المدين في الالتزام قبل الدائن.

ويترتب على وعد الكفيل في عقد الكفالة كما وصفها مجلس اللوردات (House of Lords) أمران[3]:

---

(1) السرخسي، أحمد بن أبي سهل،(483هــ/1090م)، **المبسوط**، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1421هـ/2001م، ج19، ص168.

(2) النص القانوني باللغة الإنجليزية:

(79)A "contract of guarantee" is a contract to perform the promise, or discharge the liability, of the a third person in the case of his default. The person who gives the guarantee is called the "surety", the person in respect of whose default the guarantee is given is called "principal debtor", and the person to whom the guarantee is given is called the "creditor"

(3) Moschi v Lep Air Services Ltd [1972] 2 All ER 393

الأول: أن يتعهد الكفيل بالوفاء في حالة تخلف الأصيل.
والثاني: أن يتعهد الكفيل بأن يقوم المدين بأداء التزامه.
معنى هذا، أن الكفالة في القانون الإنجليزي تشمل التعهد بالوفاء في حالة التخلف والضمان أن يؤدي الأصيل واجباته.

وفي القانون العام الإنجليزي – القانون الذي يقوم عليه القانون المدني البروناوي - فيسمى الكفالة (suretyship) بالضمان (guarantee)، ويكون الكفالة والضمان سواسية، أي مثل بعضهما، ويقال للملتزم بها: الكفيل (surety) أو الضامن (guarantor) لأنهما بمعنى واحد[1] .

الفرع الثاني: طبيعة الكفالة

أولا: طبيعة الكفالة في الفقه الإسلامي

تأخذ الكفالة في طبيعتها المعاني التالية:

أ) **عقد التزام**

فالكفالة في طبيعتها هي عقد التزام من جانب واحد وهو من جانب الكفيل، لأنها محض التزام، لا معاوضة فيه، وهي من أعمال التبرع، فلا يلزم إلا الكفيل، وليس يترتب عليه إلزام المكفول له ولا المكفول عنه بشيء[2]، ولا ينعقد كفالة الصبي والمجنون، لأنها عقد تبرع، فلا تنعقد ممن ليس من أهل التبرع[3].

---

(1) انظر:
Agasha Mugasha, (2003), **The Law of Letter of Credit and Bank Guarantees**, Federation Press, Sydney, 12

(2) انظر: علي الخفيف، (2000م)، **الضمان في الفقه الإسلامي**، (دط)، القاهرة، دار الفكر، ص205.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، ص205. والرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، ج4، ص276.

ب) عقد التابع

وهو عقد تابع لعقد أصلي حصل فيه التزام المدين المكفول عنه بالدين الذي أراد الدائن المكفول له التوثيق له بعقد الكفالة[1]، والتزام الكفيل يتأثر بالتزام المدين الأصيل، فهو التزام الكفيل تابع لالتزام المدين وجودا وعدما، ووجه التبعية يظهر من ارتباط التزام الكفيل بالتزام المدين، فإن كان الالتزام الأصلي صحيحا، كان التزام الكفيل كذلك[2].

ثانيا: طبيعة الكفالة في القانون

يتضح من خلال ما سبق أنه حتى يوجد التزام من طرف ثالث في الكفالة ينبغي وجود الأمور التالية:-

أ) عقد الالتزام

وصف سي جاي جوردان[3] (CJ Jordan) عقد الضمان بأنه: عقد بين شخصين يُقصد به ضمان أداء الالتزام من قبل الطرف الثالث (الغير)، أن وجود الالتزام حالياً أو مستقبلاً للطرف الثالث، وقصد الأطراف بالنسبة للعقد هو ضمان أداء الالتزام وهي أمور هامة وجوهرية لضمان العقد، فإذا كانت هذه الأمور موجودة أو جاهزة فإن العقد يكون هو إحدى الضمانات[4].

ب) عقد التابع

وهو أيضا التزام أو عقد تبعي يتعهد فيه الضامن أو الكفيل بأن يقوم شخص آخر (يطلق عليه الأصيل) بالالتزام بالعقد، وإذا لم يقم الأصيل بذالك يكون الكفيل ملزماً بأدائه

---

(1) عصمت عبد المجيد بكر، **نظرية العقد في الفقه الإسلامي**، ص404.

(2) محمد فوزي محمود عوجان، (2007م)، **عقد الكفالة العينية**، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، ص16.

(3) اسمه كامل: سير فريدريك ريتشارد جوردان(Sir Frederick Richard Jordan)، كان محاميا في المحاكم العليا، ورئيس القضاة، وحاكما بالنيابة في ولاية نيو ساوث ويلز، أستراليا، وهو رئيس القضاه التاسع نيو ساوث ويلز، أستراليا.

(4) Jowitt v Callaghan (1938) 38 SR (NSW) 512 at 516-517 (SC)

نيابة عنه (أي عن الأصيل)[1]، أي هو عبارة عن وعد بصيغة عقد تبعي يلتزم فيه الضامن (الكفيل) بالوفاء بالدين اتجاه الدائن في حالة عدم الوفاء بالدين أو الإخلال به أو التأخر في سداده[2]، ويعتبر التزام الكفيل ثانوياً من حيث إنه البديل في الأداء في حالة تأخر الأصيل عن أدائه، ويظل الأصيل مرتبطاً بأداء التزامه على فرض وجود ملتزم آخر بديل له[3].

المطلب الثاني: الكفالة في الفقه الإسلامي

الفرع الأول: مشروعية الكفالة

الأصل في مشروعية الكفالة القرآن والسنة والإجماع والمعقول.

أولا: القرآن الكريم

قال الله تعالى: ﴿ قَالُواْ نَفۡقِدُ صُوَاعَ ٱلۡمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ ﴾ [يوسف:72] أي: وأنا به كفيل[4].

ثانيا: السنة النبوية

عن سلمة بن الأكوع رضي الله عنه قال: كنا جلوسا عند النبي ﷺ إذ أتي بجنازة، فقالوا صل عليها، فقال: هل عليه دين؟ قالوا لا، قال: فهل ترك شيئا؟ قالوا: لا فصلى

---

(1) انظر:

McGuinness, Kevin Patrick, (1986), **The Law of Guarantee**, Carswell, Toronto, 25

(2) المرجع السابق، ص22.

(3) المرجع السابق، ص29.

(4) الطبري، محمد بن جرير، (310هـ/923م)، **تفسير الطبري المسي جامع البيان في تأويل القرآن**، ط3، بيروت: دار الكتب العلمية، 1420ه/1999م، ج7، ص256 وما بعدها. والقرطبي، محمد بن أحمد، (671هـ/1273م)، **الجامع لأحكام القرآن**، ط1، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1426ه/2006م، ج11، ص407.

عليه. ثم أتي بجنازة أخرى، فقالوا: يا رسول الله، صل عليها، قال: هل عليه دين؟ قيل: نعم، قال: فهل ترك شيئا؟ قالوا ثلاثة دنانير، فصلى عليها. ثم أتي بالثالثة، فقالوا: صل عليها، قال: هل ترك شيئا؟ قالوا: لا، قال: فهل عليه دين؟ قالوا: ثلاثة دنانير، قال: صلو على صاحبكم. قال أبو قتادة: صل عليه يا رسول الله، وعلي دينه، فصلى عليه[1].

وجه الدلالة: يتبين لنا من هذا الحديث أن امتناع الرسول ﷺ عن الصلاة على الميت كان قبل ضمان أبي قتادة له، وعندما ضمن أبو قتادة دين الميت صلى النبي ﷺ، فكانت تدل على أن الكفالة مشروعة.

ثالثا: الإجماع

قال ابن قدامة: « أجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة »[2].

الفرع الثاني: أهمية رد الحقوق لأصحابها والأمانة في ذلك

من المعقول أن الحاجة داعية إلى الاستدانة، إذ لا يخلو إنسان من التعامل بها في جميع الأزمنة سواء أكان فقيرا أم غنيا، والغرض من العقود تحقيق مصالح العباد، ما لم تحرم ما أحله الله، وتحل ما حرمه، وإذا كان العقد يفي بمصالح العباد، دون أن يترتب على مفسدة، أو وقوع في حرمة، فهذا ما تقره الشريعة الإسلامية[3].

والإسلام – وهو دين واقعي – يعلم أن بعض النفوس قد تضعف فتتنكر للمعروف وتلقى الخير بالشر، ويقع الجحود والإنكار وتقع الفتنة والشحناء وتشوه معالم هذه المعاملة الإنسانية، وينكمش ظلها بين الناس[4].

---

(1) أخرجه البخاري في **صحيحه**، كتاب الحوالات، باب إن أحال دين الميت على رجل جاز، ج2، ص799 [الرقم: 2168]

(2) ابن قدامة، **المغني**، ج4، ص67.

(3) محمد حسن أبو يحيى، (1410هـ/1990م)، **الاستدانة في الفقه الإسلامي**، ط1، عمان، مكتبة الرسالة الجديدة، ص42.

(4) وفاء محمد عزت الشريف، (1430هـ/2010م)، **نظام الديون**، ط1، عمان، دار النفائس، ص254.

ولما كانت مصالح العباد متداخلة ومتشابكة، إذ لا تتحقق إلا بتعاونهم وتبادلهم ما في أيديهم، وباتخاذ بعضهم بعضا سخريا بأوجه المعاملات والتصرفات المختلفة، كانوا أكثر عرضة للخصومات والمنازعات بسبب الإنكارات لحقوق بعضهم البعض، وإبخاس أشياء بعضهم بعضا، أو عدم القدرة على استيفاء شروط الالتزام أو عدم القدرة على أداء الحق الواجب تجاه الغير، فإنه إذا ما حفظت الأموال، والأغراض على أصحابها، والحرمات على ذويها، لا يبقى مجال لأن يتعدى إنسان على أخيه، ويحصل هذا بتوثيق تلك الحقوق والمعاملات[1]، والكفالة أحد العقود التوثيقات والأمانات الشخصية في الشريعة الإسلامية[2].

لهذا السبب أيضا أوجب الله تعالى أداء الأمانة كما في قوله: ﴿ ۞ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا وَإِذَا حَكَمۡتُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحۡكُمُواْ بِٱلۡعَدۡلِۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعَۢا بَصِيرٗا ۝ ﴾ [النساء: 58]. وهذه الآية تدل وجوب الأداء عليه يستلزم شغل ذمته به. وكذلك قال الله تعالى: ﴿... وَٱلۡمُوفُونَ بِعَهۡدِهِمۡ إِذَا عَٰهَدُواْۖ ...﴾ [البقرة: 177] والدين من عهود بين الناس، فيجب وفاء الدين. وهذا وزر وإثم من نقض الالتزام من الناس عهده في سداد الديون التي عليه وترك الكفيل الملتزم به. قال الرسول ﷺ: « المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه... »[3]. ولا يجوز للإنسان أن يضر شخصا آخر في نفسه أو ماله لآن الضرر ظلم، والظلم محرم في جميع الشرائع[4].

(1) عز الدين بن زعيبة، (2010م)، **مقاصد الشريعة الخاصة بالتصرفات المالية**، ط1، عمان، دار النفائس، ص183.

(2) الزحيلي، (1428هـ/2008م)، **العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني**، ط6، بيروت، دار الفكر، ص9.

(3) أخرجه البخاري في **صحيحه**، كتاب المظالم والغصب، باب لا يظلم المسلم المسلم ولا يسلمه، ج2، ص862 [الرقم: 2310]. وأخرجه مسلم في **صحيحه**، كتاب البر والصلة، باب تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وعرضه وماله، ص825 [الرقم: 2564]

(4) عبد الكريم زيدان، (1426هـ/2006م)، **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية**، ط1، بيروت، مؤسسة الرسالة، ص93.

وكذلك أن رسول الله ﷺ قال « مطل الغني ظلم فإذا أتبع أحدكم على ملي فليتبع »[1]، مطل الغني القادر على أداء ما عليه[2]، وصف النبي ﷺ لمن له قدرة على أداء ما عليه ومماطلة فيه بظلم. وكذلك قد وعظ النبي ﷺ عن مخاطرة لمن لا يقضى دينه بأنه لا يغفر، كما قال: « يغفر للشهيد كل ذنب إلا الدين »[3]. وقال أيضا في حديث آخر: « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضي عنه »[4] .

الفرع الثالث: فضائل الكفالة

في الكفالة تيسير على المسلمين وتحقيق التعاون فيما بينهم، فقد يشتري إنسان سلعة هو في حاجة إليها، ولا يجد الثمن، ولا يطمئن البائع إليه فلا يرضى بإنظاره به، ولا يتسر له رهن يضعه به، وقد لا يرضى البائع بالرهن، فيحتاج في هذه الحالة إلى كفيل، وقد يستقرض مالا هو في حاجة إليه، ويطلب المقرض كفيلا، فالمصلحة في تشريع الكفالة واضحة، والحاجة إليها أكيدة، وشرع الله تعالى إنما جاء لرعاية مصالح العباد، وتخليصهم من الحرج[5]، قال تعالى: ﴿ ...يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلۡيُسۡرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلۡعُسۡرَ ...﴾ [البقرة: 185]. وقال: ﴿ ... وَمَا جَعَلَ عَلَيۡكُمۡ فِي ٱلدِّينِ مِنۡ حَرَجٖ...﴾ [الحج: 78]. وهاتان الآيتان تدلان على تخليص الناس من الحرج.

---

(1) أخرجه البخاري في **صحيحه**، كتاب الاستقراض، باب مطل الغني ظلم، ج2، ص845 [الرقم: 2270]. وأخرجه مسلم في **صحيحه**، كتاب المساقاة، باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة واستحباب قبولها إذا أحيل على ملي، ص 501 [الرقم: 1564]

(2) وفاء محمد عزت الشريف، **نظام الديون**، ص307.

(3) أخرجه مسلم في **صحيحه**، كتاب لإمارة، باب من قتل في سبيل الله كفرت خطايا إلا الدين، ص623 [الرقم: 1886]

(4) أخرجه الترمذي في **سننه**، كتاب الجنائز، باب ما جاء عن النبي ﷺ أنه قال:« نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضي عنه »، ص 226 [الرقم: 1079]، قال الترمذي: وهو حديث حسن. وأخرجه ابن ماجه في **سننه**، كتاب الصدقات، باب التشديد في الدين، ص364 [الرقم: 2413]

(5) البغا، مصطفي، ومصطفى الخن، وعلي الشربخي، (1429هـ/2008م)، **الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي**، ط1، دمشق، دار المصطفى، ص852.

وروى أبو هريرة عن النبي ﷺ، أنه قال:« من نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا نفَّس الله عنه كربة من كرب الآخرة ومن ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه »[1] . فالكفالة فيها التعاون، والتعاون في دفع الشر وجلب الخير أمر أقرته الشريعة الإسلامية في جميع الميادين النافعة المشروعة. وللكفيل له أجر وثواب عند الله؛ لأنه أعان المدين ورفع عنه الحرج.

المطلب الثالث: علاقة الكفالة بالمعاملات المالية المعاصرة

الكفالة من عقود التوثيقات الشخصية التي لها دور فعال في ضمان الحقوق، وفي هذا العصر تأخذ الكفالة دورا مهما في الحياة الاقتصادية، حيث تكون الكفالة في بعض الأحيان من صلب الأعمال البنكية، كما أن عمليات إقراض العملاء هي الخدمة الرئيسية التي يقدمها البنك التجاري[2]. إذ البنوك التجارية هي الوسيط المالي لنقل الأموال ممن يملكون فائضا من الأموال، إلى من ليس لديهم المال، وتتلقى هذه البنوك الأموال كإيداعات عن عملاء، أو من أصحاب رؤوس المال مالكي الأسهم، ومن ثم تقوم بإقراضها إلى أشخاص ومؤسسات أعمال بحاجة إليها[3].

وهذه الطريقة أصبحت شائعة لدى البنوك، وذات أولوية في هذا المجال، وصار لها أهمية بالغة ولكن البنوك تتعامل في هذه الحالة بحذر؛ لئلا تواجه مخاطر إذا لم تقم الجهات المقترضة بإعادة الدين، وتأخذ بالتالي ضمانات لدى الإقراض[4]، فالكفالة هنا تلعب دورا هاما في اقتصاد الأمة وتبلغ الأموال التي يتم إقراضها مقدارا كبيرا، وتخدم

---

(1) أخرجه الترمذي في **سننه**، كتاب البر والصلة من رسول ﷺ ، ص391 [الرقم: 1930]

(2) انظر:

Kreps, Clifton H, JR, and Olin S.Pugh, (1967) **Money, Banking and Monetary Policy**, (2nd ed.), The Ronald Press Company, New York, 63.

(3) انظر: الجمال، غريب، (1972م)، **المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون**، (دط)، القاهرة، دار الاتحاد، ص89.

(4) انظر: البارودي، علي، (دت)، **العقود وعمليات البنوك التجاري**، (دط)، الإسكندرية، مكتبة المعارف، ص246.

تلك الأموال رأس المال العامل والاستثمارات والمشاريع التجارية، وهي لا تحصّل ربحا فقط، ولكنها تساهم أيضا في تطوير الأمة، وتلعب الكفالة هنا دورا هاما في عملية الإقراض الذي يعطى للعملاء، ولكن مع النظر إلى استعداد من يأخذ القرض إلى الوفاء بالتزامه تجاه الدائن صاحب البنك كي لا يعرضه للخسارة[1]، وعليه فإن الكفالة نوع من الأمن الشخصي تلعب دورا هاما تجاه الديون المترتبة على العملاء في معظم الحالات، يقصد بالتزامات هذا النوع أن تقدم للشخص بمصدر ثانوي يحقق له الفائدة في عمله، وإذا قام شخص ما بكفالة دين على آخر فإن الدائن في معظم الحالات يحق له أن يطلب الضامن بدفع المبلغ[2].

فالكفالة ضمان خاص يطمئن به الدائن إلى استيفاء حقه من المدين، من أجل ذلك انتشرت التأمينات الشخصية خصوصا بعد توسع المعاملات بين الناس وقيامها أكثر فأكثر على السرعة والثقة والعلاقات الشخصية، وقد ساهم تطور العمل المصرفي في انتشار هذا النوع من التأمينات، فعرفت البنوك أولا الكفالة في شكلها التقليدي بحيث يطلب البنك من العميل تقديم كفيل يضمن الدين الذي في ذمته[3].

وتعد الكفالة في وقتنا المعاصر وسيلة فعالة من وسائل الضمان، والتي يعتمد عليها في ضمان الحقوق المترتبة على المعاملات الشخصية بين الناس، وتظهر فاعليتها جلية في أعمال المؤسسات المصرفية أو البنوك، فتارة يكون البنك مكفولا له[4]، وتارة يكون البنك كفيلا لعميله تجاه مستفيد ما، وخاصة تلك الكفالات التي يطلق عليها اسم ((خطابات الضمان))[5] ، أي قد يكون البنك كفيلا يضمن عميله في ما نشأ في ذمته من

---

(1) انظر:

Suhaimi Ab Rahman, (2005), **The Classical Islamic Law of Guarantee and Its Application In Modern Islamic Banking and Legal Practice**, Doctor of Philosophy Thesis, Department of Law, University of Aberystwyth, 187.

(2) انظر: McGuinness, **The Law of Guarantee**, 2

(3) شبكة الإنترنت: http://www.islamicfi.com/arabic/foundation/Productions.asp

(4) محمود أحمد مروح مصطفى، (1423هـ/2003م)، **الكفالة: أنواعها وطرق الإبراء منها**، ط1، عمان، دار النفائس، ص 129.

(5) تعهد كتابي، يتعهد بمقتضاه المصرف بكفالة أحد عملائه (طالب الإصدار) في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث، بمناسبة التزام ملقى على عاتق العميل المكفول، وذلك ضمانا لوفاء هذا العميل بالتزامه تجاه ذلك الطرف خلال مدة معينة، على أن يدفع المصرف المبلغ المضمون عنه أول مطالبة خلال

ديون لدى الغير كالتجار والموردين وغيرهم، ثم تطور نظام الكفالات في المجال المصرفي، فأصبح للكفالات البنكية أبعاد وصيغ جديدة أوجدها النظام والقانون والأعراف المصرفية واتفاق الأطراف، وأصبحت هذه الصيغ المبتكرة متميزة عن مفهوم الكفالة التقليدية، ونجد من بينها ما يسمى بخطابات الضمان المصرفية التي تقوم البنوك الإسلامية بتقديمه لعملائها[1].

وأما في هذا البحث تركز الباحثة على الكفالات والضمانات التي تعطى لتأمين سداد القروض والمبالغ المدفوعة مقدما من قبل البنوك.

سريان خطاب الضمان دون التفات لما قد يبديه العميل من المعارضة (السالوس، علي، (1406هـ/1986م)، **الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة**، ط1، الكويت، مكتبة الفلاح، ص131)

(1) شبكة الإنترنت: http://www.islamicfi.com/arabic/foundation/Productions.asp

الفصل الثاني

حقوق الكفيل في القانون المدني البروناوي مقارنا بالفقه الإسلامي

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: حقوق الكفيل في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: حقوق الكفيل في القانون المدني البروناوي

المبحث الأول
حقوق الكفيل في الفقه الإسلامي

جاء في الحديث أن الكفيل غارم[1]، وهذا يدل على أن الكفيل يتحمل بكفالته عبئا يدعو إلى أن يعطى وسيلة ليتخفف بها منه على وجه لا يضر بالتزامه ولا بحق غيره، وبناء على ذلك أعطى للكفيل الحقوق تجاه المدين الأصيل والدائن[2].

المطلب الأول: حق مطالبة الدائن أن يأخذ من تركة المدين

للكفيل الحق في أن يطلب من الدائن المضمون له – إذا ما توفي الأصيل قبل الوفاء وعندما يفلس الأصيل[3] – أن يأخذ من تركة مدينه ما يفي بدينه، أو ما يخصه منها[4]، وثبوت هذا الحق للكفيل مشروط بأن تكون الكفالة بإذن الأصيل، أما إذا كان قد ضمن بغير إذنه فلا يحق له هذا الطلب؛ لأنه قد ضمن بغير إذنه وطن نفسه على أن يرجع على الأصيل بشيء عند قيامه بالوفاء[5] .

---

(1) الحديث هو: قال رسول الله ﷺ: «الزعيم غارم»، أخرجه ابن ماجة في **سننه،** كتاب الصدقات، باب الكفالة، ج2، ص804 [2405]

(2) على الخفيف، **الضمان في الفقه الإسلامي،** ص270.

(3) الرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج،** ج4، ص293

(4) المرجع السابق، ج4، ص292.

(5) الرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج،** ج4، ص292. والنووي، يحيى بن شرف، (676هـ/1277م)، **روضة الطالبين،** (دط)، بيروت، دار الكتب العلمية، 1423هـ/2003م، ج3، ص498 وما بعدها. وعلى الخفيف، **الضمان في الفقه الإسلامي،** ص270.

المطلب الثاني: حق مطالبة المدين بتخليصه من الكفالة

معنى التخليص: أنه يؤدي دين المضمون له ليبرأ الضامن[1] . وفيما يلي أقوال العلماء في هذه المسألة:

أولا: رأي الحنفية:

إن كانت الكفالة بأمر المدين الأصيل، ثبت للكفيل مطالبته بتخليصه من الكفالة إذا طالبه الدائن بالدين، وذلك بأن يؤدي الدين للدائن، فكما طولب الكفيل طالب هو المكفول عنه بالخلاص، وإن حبس فله أن يحبس المكفول عنه؛ لأنه هو الذي أوقعه في هذه العهدة، فكان عليه تخليصه منها، وليس له أن يطالب بالمال قبل أن يؤدي هو؛ لأن ولاية المطالبة إنما تثبت بحكم القرض والتمليك. وإن كانت الكفالة بغير أمره، فليس للكفيل حق ملازمة الأصيل إذا لوزم، ولا حق الحبس إذا حبس[2].

ثانيا: رأي المالكية:

أن للضامن الحق في مطالبة المضمون بدفع ما عليه من الدين إلى الدائن ليخلص من الضمان، ويحق له أن يجبره على ذلك عند حلول الأجل، سواء طالبه الدائن أو لا، وسواء كانت الكفالة بإذن المدين أو بغير إذنه، وليس للضامن أن يطالب المدين بتسليم ما به الوفاء إليه ليدفعه إلى المدين، لأن المدين لا يبرأ بالدفع إليه[3].

ثالثا: رأي الشافعية:

إذا ضمن الضامن من غير إذن المضمون، فلا يحق له أن يطالبه بتخليصه من الكفالة؛ لأنه لم يدخل في الضمان بإذنه، فلا يلزمه بتخليصه منه، وإن ضمن بإذن المدين، ثم طالبه الدائن، جاز له مطالبته بأن يخلصه من الكفالة؛ لأنه إذا جاز له أن يغرمه إذا

---

(1) الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، ج2، ص282.

(2) الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج7، ص405.

(3) الدردير، **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**، ج3، ص440. والدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ج4، ص551. والحطاب، **مواهب الجليل لشرح المختصر خليل**، ج7، ص45. و**الموسوعة الفقهية**، (1412هـ/1992م)، ط3، الكويت، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ج34، ص315.

غرم جاز له كذلك أن يطالبه بتخليصه من الكفالة إذا طولب، وإن ضمن بإذن المدين، ولم يطالبه الدائن، فالأصح أنه لا يستطيع مطالبة المدين، لأنه لما لم يكن له أن يغرمه قبل أن يغرم لم يكن له أن يطالبه قبل أن يطالَب[1] .

رابعا: رأي الحنابلة:

إذا ضمن عن رجل بإذنه، فطولب الضامن، فله مطالبة المضمون عنه بتخليصه؛ لأنه لزمه الأداء عنه بأمره، فكانت له المطالبة بتبرئة ذمته، وإن لم يطالب الضامن، لم يملك مطالبة المضمون عنه؛ لأنه لما لم يكن له الرجوع بالدين قبل غرامته، لم يكن له المطالبة به قبل طلبه منه. وفيه وجه آخر، أن له المطالبة؛ لأنه شغل ذمته بإذنه، فكانت له المطالبة بتفريغها، كما لو استعار عبدا فرهنه، كان للسيد مطالبته بفكاكه وتفريغه من الرهن[2].

المطلب الثالث: حق الرجوع

فإذا حل الدين وطالب الدائن المكفول له الكفيل بالدين، فأداه بمقتضى الضمان الذي رتبه عليه عقد الكفالة، فهل للكفيل أن يطالب المدين الأصيل المكفول عنه بما أداه عنه أم لا؟ ففي هذه المسألة لا بد أن ننظر إلى نية الكفيل:

أ) فإذا أدى ما على الدائن بنية التبرع عن المدين، لم يكن له حق الرجوع عليه، ولو كان بأمر المدين، كما ورد في المغني[3]: ((إذا أدى الدين محتسبا بالرجوع على المضمون عنه، فأما إن قضى الدين متبرعا به غير ناو للرجوع به، فلا يرجع بشيء، لأنه يتطوع بذلك، أشبه الصدقة، وسواء ضمن بأمره أو بغير أمره)) ومعنى هذا أن الكفيل تبرع بكفالته للمدين، بمعنى أن الوفاء مبني على التزام من

---

(1) الرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، ج4، ص293. والشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، ج2، ص282. والقليوبي وعميرة، **حاشيتا على كنز الراغبين**، ج2، ص528.

(2) ابن قدامة، **المغني**، ج4، ص80 وما بعدها.

(3) المرجع السابق، ج4، ص79.

الكفيل طوعا، ونيته أنه يقوم بسداد الدين على سبيل التبرع، والكفالة عمل من أعمال التبرع في الفقه الإسلامي، ولا يجوز بعوض أي لا يحق له حق الرجوع إلى الأصيل لمطالبته بما أداه عنه، سواء كفل بإذنه أو بغير إذنه، لأنه لم يلتزم ما غرم به بإذن الأصيل، فلا يلزمه بجانب أنه تطوع بذلك، فأشبه الصدقة.

ب) وأما إذا أدى الكفيل حق المدين بنية الرجوع على المدين، فإن الحكم الشرعي يختلف حسب الأحوال. وقد تكلم الفقهاء عن هذه المسالة بالتفصيل، وفيما يلي أقوال العلماء في هذه المسألة:

القول الأول: رأي الحنفية:

أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه؛ ويكون بإذن صحيح، وهو إذن من يجوز إقراره على نفسه بالدين، حتى أنه لم كفل عن الصبي المحجور بإذنه فأدى، لا يرجع لأن إذنه بالكفالة لا يصح، لأن معنى الاستقراض لا يتحقق بدونه، ولو كفل بغير أمره لا يرجع؛ لأن الكفالة بغير أمره تبرع بقضاء دين الغير، فلا يحتمل الرجوع، وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه؛ لأن لا يملكه قبل الأداء[1].وكذلك أن يتضمن كلام المدين ما يدل على أمر الضامن بان يقوم بالضمان ويضيف إلى نفسه، كأن يقول: اضمن عني، لأن إذا لم يضف إليه فالكفالة لم يقع إقراضا إياه، فلم يكن للكفيل حق الرجوع عليه عند الأداء[2].

---

(1) ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج7، ص177. والكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج7، ص410. وابن عابدين، **حاشية رد المحتار على الدر المختار**، ج5، ص449.

(2) الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج7، ص410.

القول الثاني: رأي المالكية:

إذا أدى الضامن دين المضمون عنه ثبت حق الرجوع على المضمون، سواء أكانت الكفالة بإذنه أم كانت بغير إذنه[1].

القول الثالث: رأي الشافعية:

للكفيل الرجوع على الأصيل إن وجد إذنه في الضمان والأداء، وأما الضمان والأداء بغير إذن المدين فلا رجوع له، لأنه متبرع، فإن أذن له في الضمان فقط دون الأداء، ولم ينه عنه رجع في الأصح، لأن الضمان هو الأصل، والإذن فيه إذن فيما يترتب عليه، وأما إذا كان بالعكس أي ضمن بغير إذنه وأدى بإذنه لا رجوع له في الأصح، إلا الأداء بشرط الرجوع[2].

القول الرابع: رأي الحنابلة:

إن الضامن الذي أدى الدين المضمون عنه بنية الرجوع به على المدين، له أربعة أحوال[3] :-

الحالة الأولى: أن يضمن بأمر المضمون عنه، ويؤدي بأمره، فإنه يرجع عليه، سواء قال له: اضمن عني، أو أدِّ عني، أو أطلق.

الحالة الثانية: ضمن بأمره، وقضى بغير أمره، فله الرجوع أيضا.

الحالة الثالثة: ضمن بغير أمره، وقضى بأمره، فيرجع عليه، كما لو أذن في الأدء صريحا.

الحالة الرابعة: ضمن بغير أمره، وقضى بغير أمره، ففيه روايتان؛ إحداهما، يرجع بما أدى، والثانية: لا يرجع بشيء.

---

(1) الدردير، **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**، ج3، ص437. والدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ج4، ص547. وابن الرشد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ج3، ص82.

(2) الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، ج2، ص 283. والرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، ج4، ص293. والقليوبي وعميرة، **حاشيتا على كنز الراغبين**، ج2، ص529.

(3) ابن قدامة، **المغني**، ج4، ص79 وما بعدها.

ويظهر هنا، إنه لا يرجع عند جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة في رواية، إلا إذا تمت الكفالة بأمر المدين الأصيل[1]، كما ورد في شرح فتح القدير: ((... إن التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع إذ هو عند أمره أي المدين لأنه (الكفيل) قضى دينه بأمره...))[2]، وأما عند المالكية والحنابلة في رواية، سواء تمت الكفالة بأمر المدين المكفول عنه أو بغير أمره فيرجع[3].

مسألة: إذا أدى الكفيل عوضا عن الدين شيئا أخر، فهل له أن يرجع به أو بقيمته أو بقيمة الدين عن المدين؟

فيما يلي آراء الفقهاء في هذه المسألة:-

أولا: رأي الحنفية:

أن الكفيل الذي له حق الرجوع يرجع على المكفول عنه بما أدى، إذا كان ما وفاه مثل الدين ومن جنسه، لأن الكفيل - وقد أمر بالضمان وقام بالوفاء بناء عليه – يتملك الدين بذلك الوفاء، فإذا أداه من جنسه حل محل الدائن فيه، وإذا أدى أقل من الدين، فإنما يتملك بقدر ما أدى، تجنبا للربا بسب اختلاف القدر مع اتحاد الجنس، أما إذا أدى بغير جنسه مطلقا، أو تصالح مع الدائن على بعض، فإنه يرجع بما ضمن – وهو الدين – لأنه تملك الدين بالداء، فيرجع بما تمت الكفالة عليه[4] .

---

(1) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج7، ص405. والنووي، **روضة الطالبين**، ج3، ص498. وابن قدامة، **المغني**، ج4، ص79 وما بعدها.

(2) ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج7، ص177.

(3) الحطاب، **مواهب الجليل**، ج7، ص31. وابن قدامة، **المغني**، ج4، ص79 وما بعدها.

(4) ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج7، ص178. وابن عابدين، **حاشية رد المحتار على الدر المختار**، ج5، ص337 وما بعدها. و**الموسوعة الفقهية**، ج34، ص318.

ثانيا: رأي المالكية:

أن الضامن – الذي له حق الرجوع – يرجع على المدين بمثل ما أدى إذا كان ما أداه من جنس الدين، سواء كان الدين مثليا أو قيميا، لأن الضامن كالمسلف، وفي المسلف ، وفي السلف يرجع بالمثل حتى في المقومات، وإذا لم يكن ما أداه من جنس الدين، فإنه يرجع على المكفول بالأقل من الدين وقيمة ما أدى، وإذا تصالح الحميل والدائن فلا يرجع الضامن على المدين بالأقل من الأمرين، الدين وقيمة ما صالح به[1] .

ثالثا: رأي الشافعية:

إذا ثبت الضامن حق الرجوع، فالأصح أنه يرجع بما غرم، لا بما لم يغرم، فيرجع بالدين إن أداه، ويرجع بما أدى إن كان أقل، ويرجع بالأقل مما أدى من الدين، إن صالح عن الدين بخلاف جنسه، ومقابل الأصح رجوعه بالدين كله، لأنه حصل البراءة منه بما فعل، والمسامحة حرت معه[2] .

رابعا: رأي الحنابلة:

يرجع الضامن على المضمون عنه بأقل الأمرين مما قضى أو قدر الدين؛ لأنه إن كان الأقل الدين، فالزائد لم يكن واجبا، فهو متبرع بأدائه، وإن كان المقضي أقل، فإنما يرجع بما غرم، ولهذا لو ابرأه غريمه لم يرجع بشيء، وإن دفع عن الدين عرضا رجع بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين، فإن قضى المؤجل قبل أجله لم يرجع به قبل أجله، لأنه لا يجب له أكثر مما كان للغريم، فإن أحاله كانت الحوالة بمنزلة تقبيضه، ويرجع بالأقل مما أحال به أو قدر الدين، سواء قبض الغريم من المحال عليه، أو أبرأه، أو تعذر عليه الاستيفاء لفلس أو مطل، لأن نفس الحوالة كالإقباض[3] .

---

(1) الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ج4، ص547 وما بعدها.والحطاب، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، ج7، ص43. والدردير، **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**، ج3، 436 وما بعدها.

(2) القليوبي وعميرة، **حاشيتا على كنز الراغبين**، ج2، ص529.

(3) ابن قدامة، **المغني**، ج4، ص80.

المبحث الثاني

حقوق الكفيل في القانون المدني البروناوي

للكفيل حقوق تجاه الدائن المكفول له والمدين المكفول عنه، ولا تقوم حقوق الكفالة على العقد، ولكنها تنشأ بموجب القانون والعدالة (equity) ومن كونها نوعا من الضمان، ومن المسؤولية المترتبة على الكفيل، وعليه فإنها لا تعتمد عموماً على الشروط المبرمة بين أطراف العقد رغم أن الكفيل قد يتنازل عن أية حقوق تعود إليه في حالة عدم وجود نص صريح، أو إشارة إلى ذلك في الشروط المتعلقة باتفاقية الكفالة، أو الضمان، حيث إن الحقوق والالتزامات تعتبر جزءاً من كل علاقة من هذا النوع[1].

المطلب الأول: الإحلال أو الحلول (Subrogation)

الإحالة: هي استبدال شخص مكان آخر تبعاً لمطالبة قانونية، أو مطالبات، أو حقوق، ووفقاً للإحالة فإن الشخص المحال الأول عليه حقوق الآخر المتعلقة بالدين، أو المطالبة وهو/هي مُخول بحقوق الشخص الآخر والتعويضات (remedies) والأوراق المالية (securities) [2].

هذا حق الكفيل قبل الدائن المكفول له، حيث تفرض العدالة للكفيل عدداً من الحقوق على الدائن احترامها، وإلا فإنه بهذا يخلي طرف الكفيل من المسؤولية[3]، وهي نوعان[4]:

---

(1) انظر: McGuinness, **The Law of Guarantee**, 193

(2) شبكة الإنترنت:
http://subrogation.uslegal.com/subrogation-in-sureties-and-guarantees/

(3) انظر: McGuinness, **The Law of Guarantee**, 193

(4) المرجع السابق، 194.

أولاً: حقوق شبه إحلالية (quasi-subrogatory) تعفيه من المسؤولية تجاه الدائن.
وثانياً: حقوق تحميه من ضرر قد يلحقه الدائن به، والناتجة عن إشعار الدائن بأن الكفيل يعمل بتلك الصفة.

وتتم إحالة الكفيل الذي يقوم بتسديد ديون المدين على حقوق الدائن تجاه المدين(1).
الإحلال أو الحلول: حلول شخص محل آخر في أية مطالبة قانونية، أو أي حق قانوني حلولا كاملا، أو عقد يحل بمقتضاه دائن محل آخر فتؤول إليه جميع الحقوق والضمانات المشمولة بالدين(2). ويمكن أن نقول أن للكفيل الذي أوفى جميع الدين أن يحل محل الدائن في جميع الحقوق التي له تجاه المدين.

وفي حال جرى استحقاق لدين مضمون، أو تأخر المدين الأصيل في الوفاء بالدين المضمون، والكفيل يقوم بالسداد، فإن الكفيل يكون ملزما بكافة الحقوق الواقعة على المدين الأصيل، وهكذا فإن الكفيل يحل محل الدائن في حالة تخلف المدين الأصيل عن الدفع، ودفع كافة الحقوق المترتبة على الدائن، أي أصبح الكفيل تحت رحمة الدائن أن يقاضي المدين الأصيل بقدر ما للدائن في ذمة المدين الأصيل(3).

وجاء في المادة (93) ما يدل على أن الكفيل إذا قام بالدفع، أو بأداء الدين المستحق، فعليه الحقوق التي للدائن على المدين الأصيل:

« حيث يصبح دين ما مستحق، أو فات استحقاقه على المدين الأصيل، فإن الكفيل يقوم بالدفع، أو بالأداء الذي يكون مسؤولا، ويترتب عليه الحقوق التي للدائن على المدين الأصيل»(4).

---

(1) انظر:
Agasha Mugasha, **The Law of Letter of Credit and Bank Guarantees**, 104
(2) الفاروقي، حارث سليمان، (2009م)، **المعجم القانوني**، ط5، بيروت، مكتبة لبنان، ص668.
(3) شبكة الإنترنت:
http://www.beckhamlaw.com/Articles/Chapter-42-Subrogation.shtml
(4) النص القانوني باللغة الإنجليزية، المادة (93):
Where a guaranteed debt has become due, or default of the principal debtor to perform a guaranteed duty has taken place, the surety, upon payment or

وإذا نظرنا إلى الكفالة والتي هي وعد من أحد الأطراف بالالتزام بالمسؤولية عن الدين، أو الالتزام من المستقرض في حالة تأخر المستقرض عن دفع المبلغ، ويعرف من يقدم بذلك الالتزام بالكفيل أو الضامن، وفي حالة تأخر المدين عن الدفع يُطلب من الكفيـــل دفع المبلغ، وفي تلك الحالة يعطي القانون الحق للكفيل بالرجوع على المدين عن طريـــق الإحالة، فله استرداد ما دفع وما يترتب على ذلك، ويمكنه ذلك حتى في حالة عدم وجـــود نص صريح في الاتفاق مع المدين[1].

إذن، للكفيل الحق تجاه المدين عن طريق الإحلال ويمكنه أن يقاضي المدين الأصيل باسمه (الكفيل) وهذا يمسى بإحلال البسيط (Simple Subrogation)، وأما إذا قاضاه تحت اسم الدائن هذا يسمى بإحلال مجدد (Reviving Subrogation) [2] .

يمكننا أن نقول: إن الإحلال منع من الإثراء الجائر قبل المدين الأصيل، لو لا ذلك قد يتسرب من مسؤوليته، ويمنع أيضا أن يكون التزام الكفيل أكثر وأشد عبئا من المدين الأصيل[3].

---

performance of all that he is liable for, is invested with all the rights which the creditor has against the principal debtor

(1) شبكة الإنترنت:

http://subrogation.uslegal.com/subrogation-in-sureties-and-guarantees/

وانظر: McGuinness, **The Law of Guarantee**, 199

(2) انظر:

Alastair Hudson, **Equity and Trusts**, (6th ed.), Routledge-Cavendish, New York, 1144-1146. McGuinness, The Law of Guarantee, 199

(3) شبكة الإنترنت:

http://www.cearta.ie/2009/10/subrogation-and-unjust-enrichment-in-the-high-court-of-australia

المطلب الثاني: حق انتفاع أو استفادة الضمانات (securities) العائدة للدائن

حق الكفيل في الإحالة لا يقتصر على الحقوق المستحقة للدائن، وإن للكفيل الحق في الاستفادة من الضمانات التي حصل عليها الدائن من المدين والمتعلقة بالدين (والتي تترتب في الوقت الذي أعطيت فيه الكفالة، والتي ظهرت بعد التزام الكفيل) [1].

وقد ذكرت المادة (94) بأن الكفيل يستحق الانتفاع من الضمانات التي أعطيت للمدين، بغض النظر عما إذا كان لدى الكفيل علم بوجودها، أو لم يكن له علم في الوقت الذي أصبح فيه كفيلاً، حيث نصت:

« يكون للكفيل الانتفاع من أي ضمانات وضعها الدائن على المدين الأصيل في زمن وضع عقد الكفالة سواء كان الكفيل يعلم بوجود تلك الضمانات أو لا، وإذا خسر الدائن، دون موافقة الكفيل، أجزاء من تلك الضمانات، فإنه يخلى طرف الكفيل من قيمة الضمانات كاملا»[2] .

وتمكن الكفيل وقناعته من الحصول على ما كان قد دفعه. حق الكفيل في الاستفادة من الأوراق المالية يكون سارياً بغض النظر عمّا إذا كان لدى الكفيل علم بوجودها أو لم يكن له علم في الوقت الذي أصبح فيه كفيلاً[3].

ومن الجدير بالذكر هنا، أن للكفيل الحق في إجبار الدائن على تحصيل الدين من المدين رغم أن الكفيل قد يكون ملزماً أو مسؤولاً عن المطالبة تجاه المدين[4].

---

(1) انظر: McGuinness, **The Law of Guarantee**, 199

(2) النص القانوني باللغة الإنجليزية، المادة (94):

A surety is entitled to the benefit of every security which the creditor has against the principal debtor at the time when the contract of suretyship is entered into, whether the surety knows of the existence of such security or not; and if the creditor loses or, without the consent of the surety, parts with such security, the surety is discharge to the extent of the value of the security

(3) انظر: McGuinness, **The Law of Guarantee**, 199

(4) انظر: McGuinness, **The Law of Guarantee**, 196

والهدف القانوني من وراء ذلك هو ليصون المدين باعتبـــاره المـــسؤول الأول أو الأساسي تجاه الدائن، ويقع عليه عبء الالتزام بالضمان كنوع مـــن إعفـــاء الكفيـــل مـــن المسؤولية، ويبقى المدين هو المسؤول الأول عن الدين، إذ أن الـــدين والالتـــزام يقعـــان عليه[1].

ولكن إذا لم يقم المدين بالتسديد فإنه يطلب من الكفيل التسديد، ولـــيس للكفيـــل - والحالة هذه - أن يطلب من الدائن مقاضاة المدين قبل المطالبة، أو اتخاذ إجراءات ضـــد الكفيل[2]. وعلى الكفيل أن يتعهد بأية أضرار يتعرض لها الدائن، أو تأخير، أو نفقات قبـــل أن يجبر الدائن باتخاذ إجراءات ضد المدين، لأن حق الدائن في السداد، أو أداء الدين يعلو على غيره، وبعبارة أخرى فليس للكفيل نظرياً رفض الدفع للدائن لدى استحقاق المبلغ[3].

وفي حالة الطلب من الكفيل التسديد وقام بذلك، فإن ذلك يكون مخالفاً لطبيعة عقـــد الكفالة لأن الكفيل بموجب عقد الكفالة ذو طبيعة تبعية، بمعنى أن المدين هـــو المـــسؤول الرئيسي، وليصح هذا الموقف، فإن من الضروري أن يكون هناك حق المطالبة المكفـــول عنه بما غرم به الكفيل، والاستدلال به في مضمون العقد، لأن لب المسألة هو أن الـــدين التزام أساسي للمدين، وأما الكفيل فهو المسؤول الثاني[4].

المطلب الثالث: حق التعويض

حق الكفيل قبل المدين المكفول عنه: في كل عقد كفالة وعد ضمني مـــن المـــدين الأصيل لتعويض الكفيل، وبالتالي فإن للكفيل أن يسترد من المدين الأصيل مـــا يعوضـــه

(1) المرجع السابق، ص199.
(2) المرجع السابق، ص197.
(3) المرجع السابق، ص197.
(4) المرجع السابق، ص196.

مهما كان المبلغ الذي دفعه من جراء الكفالة، إلا إذا دفع ذلك على وجه الخطأ، وأمـــا إذا دفع له الكفيل مبلغا أقل مما يحق له من المدين الأصيل، فإنه يكون له الحق في أن يسترد المبلغ الذي قام بدفعه فعلا[(1)].

وكأن حق التعويض - حق الكفيل الأصيل تجاه المدين - هو حق قائم بخصوص المبالغ التي دفعها بسبب التزامه الكفالة، لأن كل عقد الكفالة ينطوي على وعد مـــن قبـــل المدين بتعويض الكفيل، وهذا الحق أي التعويض هو مناط الأضرار التي قد يحصل عليها الكفيل تجاه المدين[(2)]. كما نصت المادة (98):

« في كل عقد كفالة يوجد وعد من قبل المدين الأصيل تقديرا لتعويض الكفيل، ومن حق الكفيل هنا أن يسترد من المدين الأصيل أي مبلغ تم دفعه قانونيا بموجب الضمان ما لم يكن دفع خطأ»[(3)].

التعويض كما نصت المادة (77) و (78) تطلق على العقد الذي يعد به أحد الأطراف إنقاذ الطرف الآخر في الخسارة التي لحقت به من قبل الواعد نفسه أو من قبل أي شخص آخر. والموعود هو من يقوم بالتعويض حسب العقد في حدود مسؤولياته أو صلاحيته، وهو مخول لاسترداد ما دفعه من الواعد على النحو التالي[(4)] :-

---

(1) شبكة الإنترنت: http://www.citeman.com/5420-rights-of-surety.html

(2) انظر: McGuinness, **The Law of Guarantee**, 212

(3) النص القانوني باللغة الإنجليزية، المادة (98):

(98) In every contract of guarantee there is an implied promise by the principal debtor to indemnify the surety; and the surety is entitled to recover from the principal debtor whatever sum he has rightfully paid under the guarantee, but no sums which he has paid wrongfully.

(4) النص القانوني باللغة الإنجليزية، المادة (77) و (78):

(77) A contract by which one party promises to save the other from loss caused to him by the conduct of the promisor himself, or by the conduct of any other person, is called "contract of indemnity".
(78) The promisee in the contract of indemnity, acting within the scope of his authority, is entitled to recover from the promisor-
a) all damages which he may be compelled to pay in any suit in respect of any matter to which the promise to indemnify;

b) all costs which he may be compelled to pay in any such suit if, in bringing or defending it, he did not contravene the orders of the promisor, and

أ) كافة الأضرار التي يلزم بدفعها من جراء قضية تتعلق بأي أمر يتعلق بالتعويض

ب) دفع كافة التكاليف التي يلزم بدفعها وفقا لتلك القضية، وأن يكون قد تصرف خلافا للعقد، أو أن الواعد خوله، أو فوضه رفع القضية

ت) كافة المبالغ التي يكون قد دفعها بموجب أية تسوية تخص تلك القضية إذا كانت تلك التسوية لا تخالف أوامر الواعد والتي تكون في صالح الموعود، أو إذا قام الواعد بتعويض الموعود للقيام بتسوية في تلك القضية.

وفي القانون الإنجليزي العام، فإن حق التعويض إما أن يكون مكتوبا واضحا في العقد أو تقديرا، فإذا كان مكتوبا واضحا فالكفيل مستحق بحقوق التعويض، ثم هذا الحق من اللازم أن يطبق على شروط العقد، من الجدير بالذكر هنا، أن هذا الحق نادر ما يكون مكتوب في عقد الكفالة تطبيقيا، ولكنه يستلزم ذلك ضمنا، وبالتالي فبمجرد الكفالة يمكن أن يطبق هذا الحق إلا إذا كان هناك شرط آخر[(1)].

والكفيل الذي يقوم بالدفع بموجب الكفالة له الحق باتخاذ الإجراء اللازم ضد المدين لاسترجاع ما دفعه، وهذا حق خاص بالكفيل، وأما في حالة وجود أكثر من كفيل واحد، فإن لكل واحد الحق في اتخاذ إجراء تجاه المدين بصورة مستقلة، وبالمثل في حالة ضمان الكفيل لجزء من الدين وأنه قام بتسديده فإن له الحق بالمطالبة بالمبلغ الذي قام بدفعه[(2)].

ولا يقتصر حق الكفيل في التعويض على المدين والفائدة التي دفعها الكفيـــل ذات الصلة بالدين موضع الكفالة، بل يشمل النفقات القانونية المعقولة التي تكبدها الكفيل دفاعـــاً

---

acted as it would have been prudent for him to act in the absence of any contact of indemnity, or if the promisor authorized him to bring or defend the suit.

c) All sums which he may have been paid under the terms of any compromise of any such suit, if the compromise was not contrary to the orders of the promisor, and was one which it would have been prudent for the promise to make in the absence of the any contract of indemnity, or if the promisor authorised him to compromise the suit.

(1) انظر:

Suhaimi Ab Rahman, **The Classical Islamic Law of Guarantee and Its Application in Modern Islamic Banking and Legal Practice**, 176.

(2) انظر: McGuinness, **The Law of Guarantee**, 213

عن أي إجراء قام به الدائن ولا يشمل ذلك تلك النفقات المنسوبة إلى الكفيل بسبب إهماله أو التأخير في الدفع[1].

وترى الباحثة أن هناك طريقتين للحصول على ما دفعه الكفيل من ناحية قانونية، وهما: إما أن يكون عن طريق الحلول، أو عن الطريق التعويض، وأما في الفقه الإسلامي، فإن للكفيل الرجوع على المدين المكفول عنه إذا كان الالتزام بالوفاء مبنيا على أنه يقدم هذا المعروف على أن يرجع على المدين المكفول عنه بما أداه، وأن يكفل بأمر المكفول عنه ويؤدي الدين عنه بأمره.

أوجه الشبه والاختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون المدني البروناوي في حقوق الكفيل.

من خلال ما سبق، نجد أن هناك أوجه شبه واختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون المدني البروناوي في حقوق الكفيل، فيما يلي بيان ذلك: -

أولا: أوجه الشبه

- اتفق القانون المدني البروناوي مع الفقه الإسلامي في حق الرجوع للكفيل على المدين، ولكن القانون زاد في هذه المسألة حق التعويض للكفيل فيما لحق به من أضرار وخسارة نتيجة الكفالة.
- بالنسبة لحق الرجوع في الفقه الإسلامي يشبه إلى حد كبير بحق الحلول الذي ينص عليه القانون، وإن كان هناك اختلاف في التعبير وبعض التفصيلات.

---

(1) انظر: McGuinness, **The Law of Guarantee**, 214

ثانيا: أوجه اختلاف

- حق مطالبة الدائن في الرجوع على تركة المدين هذا الحق لم ينص عليه القانون بينما هو موجود في الفقه الإسلامي، وحبذا لو يأخذ القانون بهذا الحق وينص عليه في مواده.

- حق التخلص هو حق موجود في الفقه الإسلامي ولم ينص عليه في القانون، وهو حق مهم للكفيل، وكان يجب على القانون أن ينص عليه زيادة في حماية الكفيل.

الفصل الثالث

واجبات الكفيل في القانون المدني البروناوي

مقارنا بالفقه الإسلامي

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التزام الكفيل بأداء الدين

المبحث الثاني: انتهاء واجبات الكفيل

المبحث الأول
التزام الكفيل بأداء الدين

تركز هذه الدراسة على الكفالات والضمانات التي تعطى لتأمين سداد القروض والمبالغ المدفوعة مقدما من قبل البنوك التجارية. وفي هذا السياق فإن الضمانات أو الكفالات تعني أن يتعهد شخص ما بأداء الالتزام الواقع على شخص آخر في حال عدم قيام ذلك الشخص بأداء التزامه الأصلي. وهذا هو أهم وأوضح أثر للكفالة.

المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من التزام الكفيل بأداء الدين

ينقسم العقد إلى تقسيمات مختلفة باعتبارات مختلقة؛ منها العقد باعتبار آثاره التي تكون عنه، يعني لكل عقد أو تصرف آثار معينة تترتب عليه، وهي غرض العاقد من إنشائه هذا العقد أو ذاك، وعلى هذا الأساس تتنوع العقود إلى مجموعات، منها عقود التوثيقات والتأمينات، وهي التي يكون الغرض منها تأمين الدائن على دينه قبل مدينه، ومن هذه العقود الكفالة[1].

فإن الغرض الأساسي والهدف الرئيسي من الكفالة هو توثيق الحق، ومادام أن الكفالة كذلك، فلا بد أن يكون هنالك أثر للكفالة على الكفيل حتى يتحقق هذا الغرض منها، وإلا لما كان للكفالة فائدة. ولذلك فإن الكفالة هي عقد لازم بالنسبة للكفيل، وبمجرد عقد الكفالة تصبح ذمته مشغولة بما شغلت به ذمة الأصيل[2] . وبناء على هذا، فإنه تنشأ هناك علاقة بين الكفيل والدائن وهي تعطي الحق للدائن بمطالبة الكفيل سداد الدين[3] .

---

(1) عبد الكريم زيدان، **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية**، ص356.

(2) محمد حمد عبد الحميد، (1997م)، **الآثار المترتبة على الكفالة دراسة مقارنة**، رسالة الماجستير في القضاء الشرعي، الجامعة الأردنية، الأردن، ص47.

(3) المرجع السابق، ص55.

والسؤال الذي يثور هنا ما هو الوقت الذي يعتبر فيه الكفيل مسؤولاً أمام الدائن؟ وبعبارة أخرى هل يكون الكفيل مسؤولاً في زمن توقيع العقد أو إبرامه أو منذ زمن سريانه؟ وليس هناك جواب صريح ومباشر حول هذا الموضوع، فلا بد من الرجوع إلى حدود عقد الكفالة نفسه وأقوال الفقهاء لمعرفة ذلك.

الفرع الأول: أنواع عقد الكفالة

أهم أثر لكفالة الدين فهو ما يترتب على الكفيل من الواجبات والالتزام بأداء الدين. وهذا الالتزام يختلف حسب حدود التزام الكفيل، ولا بد أن يراعى التزام الكفيل حسب التزامه في العقد؛ لأنه لا يلزم إلا بما يلزم به نفسه.

وقد قسَّم الفقهاء الكفالة حسب حدود العقد كما يلي[1]:

النوع الأول: الكفالة المنجزة أو المطلقة عن الشرط أو الإضافة: وهي التي ليست معلقة على شرط ولا مضافة إلى زمن، فمعنى التنجيز: أن تترتب آثار الكفالة في الحال بمجرد وجود صيغة مستوفية شروطها، ومثاله أن يقول: إني كفيل فلان بدينه الذي عليه لفلان[2].

وهي عبارة عن اتفاق بين أطراف العقد يتم تنفيذه في زمن إبرام العقد، وذلك لأن الالتزام ليس معلقاً على شرط خاص وبموجبه، يلتزم الكفيل بالتزام الدين دون شروط. والكفالة المنجزة انعقدت بمجرد وجود الصيغة.

النوع الثاني: الكفالة المعلقة أو المقترنة بشرط: هي التي يتوقف وجودها على تحقق شيء آخر، أو هي التي انعقدت معلقة على شرط، بحيث إذا تحقق الشرط ثبتت ولزمت، وإذا انتفى الشرط انعدمت وسقطت. كما لو قال شخص لآخر: إذا لم يعطك

---

(1) الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج6، ص4147.

(2) نزيه حماد، **معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء**، ص384. **والموسوعة الفقهية**، ج34، ص291.

مدينُك فلان ما عليه من الدين في الوقت الفلاني، فأنا أعطيك إياه، فـــإذا مـــضت المـــدة المضروبة، ولم يعطه المدين دينَه، كان الكفيل مطالبا به[1]، بمعنى أن الأثر هنا لا يتحقـــق إلا إذا تخلف المدين عن دفع ما عليه للدائن.

النوع الثالث: الكفالة المضافة إلى زمن مستقبل أو المؤقتة: وهي العقد الذي يـــتم بين الأطراف ولكن تنفيذه يتم وفقاً للزمن المتفق عليه في المـــستقبل، أي التـــي انعقـــدت مضافة إلى زمان مستقبل، بحيث إذا حلَّ ذلك الزمان ثبتت ولزمت، ويطالب الكفيـــل بمـــا جاء فيها. وأما قبل حلول الزمن المستقبل المضاف إليه، فلا يطالب الكفيل بالكفالة[2]. كأن يقول الكفيل: أنا ضامن لهذا الدين ابتداء من أول الشهر القادم، وفي هذه الحالة لا يكـــون كفيلا إلا في ذلك الوقت، أما قبله فلا. بمعنى أن الكفيل ملزم بالدفع ولكن بعد مـــدة يتفـــق عليها الطرفان أي ليس منذ زمن إبرامه، وهذا هو ما يقصد بالإضافة أي أن التنفيذ يكـــون لاحقاً تبعاً للمدة المقررة بين الطرفين.

مسألة: هل هناك كفالة معلقة وكفالة مؤقتة؟ ما الحكم؟

أولا: رأي الحنفية في الكفالة المعلقة والكفالة المؤقتة

1) الكفالة المعلقة

ذهب الحنفية إلى صحة الكفالة المعلقة على شرط ملائم، كقول الكفيل للمشتري: إذا استحق المبيع فأنا ضامن الثمن، أو شرط الذي يكون سببا لإمكان الاستيفاء، كقول الكفيل للدائن: إذا قدم فلان – المكفول عنه – فانا كفيل بدينك عليه، أة الشرط الذي يكون سببا لتعذر الاستيفاء، كقول الكفيل للدائن: إذ غاب فلان – المدين – عن البلد فأنا كفيل بالدين[3]. وأما التعليق بشرط غير ملائم، مثل أن يقول: إذا هبت الريح أو إذا إذا جاء المطر فانا كفيل بما لك عليه، فالكفالة باطلة[4] .

---

(1) نزيه حماد، **معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء**، ص384.

(2) المرجع السابق، ص384.

(3) ابن عابدين، **حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، ج5، ص441.

(4) المرجع السابق، ج5، ص441.

2) الكفالة المؤقتة

ذهب أغلب **الحنفية** إلى أن الكفيل لو قال: كفلت فلانا من هذه الساعة إلى شهر، تنتهي الكفالة بمضي الشهر بلا خلاف[1] .

ثانيا: رأي المالكية

جواز التوقيت الكفالة في إحدى حالتين: أن يكون المدين موسرا ولو في أو ل أجل فقط، أو أن يكون معسرا والعادة أنه لا يوسر في الأجل الذي ضمن الضامن إليه، بل بمضي ذلك الأجل عليه وهو معسر، فإن لم يعسر في جميعه، بل أيسر في أثنائه كبعض أصحاب الغلاف والوظائف، كأن يضمنه إلى أربعة أشهر وعادته اليسار بعد شعرين، فلا يصح، لأن الزمن المتأخر عن ابتداء يساره يعد فيه صاحب الحق مسلفا، لقدرة رب الحق على أخذه منه عند اليسار، هذا قول ابن القاسم بناء على أن اليسار المترقب كالمحقق، وأجازه أشهب لأن الأصل استصحاب عسره[2].

ثالث: رأي الشافعية

الأصح أنه لا يجوز تعليق الكفالة وتوقيتها، كأن يقول: أنا كفيل بزيد إلى شهر وبعده أنا برئ[3].

---

(1) ابن عابدين، **حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، ج5، ص422.

(2) الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ج4، ص540.

(3) الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، ج2، ص281. والرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، ج4، ص289. والنووي، **روضة الطالبين**، ج3، ص493. والقليوبي وعميرة، **حاشيتا على كنز الراغبين**، ج2، ص529.

رابعا: رأي الحنابلة

فيه روايتان[1]: -

1) صحة تعليق الكفالة مطلقا، لأن هذا موجب الكفالة ومقتضاها، فصح اشتراطه، وهو المذهب.
2) لا تصح الكفالة مع التعليق، لأن ذلك خطر فلم يجز تعليق الضمان والكفالة به، كمجيء المطر وهبوب الريح، ولإنه إثبات حق لآدمي معين، فلم يجز تعليقه على شرط، ولا توقيته. واختاره القاضي.

من خلال ما سبق، أن بعض الفقهاء يرون منع الكفالة المعلقة لانضمام الجهالة، كما قال النووي: « ...**لو علق الضمان بوقت أو غيره، فقال: إذا جاء رأس الشهر، فقد ضمنتُ، أو إن لم يؤد مالك غدا، فأنا ضامن، لم يصح على المذهب. وكذلك لا يصح مؤقتا، كقوله: أنا ضامن إلى شهر، فإذا مضى ولم أغرم، فأنا برئ**.. »[2]. والأصح لا يجوز تعليق الكفالة بشرط ولا توقيت الكفالة[3].

الفرع الثاني: أقوال الفقهاء حول مطالبة الكفيل

إذا نشأ التزام الكفيل بموجب عقد الكفالة، فهل من حق الدائن أن يطالب أيهما شاء، أم أنه لا يستطيع أن يطالب الكفيل إلا إذا عجز عن تحصيل حقه من الأصيل؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

---

(1) ابن قدامة، **المغني**، ج4، ص87. والبهوتي، منصور بن يونس، (1051هـ/1641م)، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1418ه/1997م، ج3، 439. المرداوي، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**، ج5، ص190.

(2) النووي، **روضة الطالبين**، ج3، ص493.

(3) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج2، 281. والقليوبي وعميرة، **حاشيتا على كنز الراغبين**، ج2، ص527.

القول الأول: **ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية**[1]**، والمالكية في أحد قوليه** [2]**، والشافعية**[3]**، والحنابلة**[4].

إلى أن للدائن المكفول له حق مطالبة من شاء منهما أي من الأصيل المكفول عنه، أو الكفيل أو كليهما في وقت واحد، وكذلك يستطيع أن يطالب الكفيل بأداء الدين عند حلوله دون أن يتقيد بتعذر مطالبة الأصيل المكفول عنه، وأن الدائن مخير في مطالبة أي منهما، إن شاء طالب الأصيل، وإن شاء طالب الكفيل، ومطالبته لأحدهما لا يسقط حق مطالبته للآخر لثبوت الدين في ذمتيهما جميعا.

قال ابن قدامة: « أن الحق ثابت في ذمة الضامن فملك مطالبته كالأصيل، ولأن الحق ثابت في ذمتهما، فملك مطالبة من شاء منهما »[5].

القول الثاني: **المالكية** في القول الآخر:

وهم يرون أنه ليس لرب الدين مطالبة الكفيل بالدين إن تيسر الأخذ لرب الدين من مال المدين ولو كان المدين غائبا حيث كان الدين ثابتا ومال المدين حاضرا يمكن الأخذ

---

(1) ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج7، ص155. وابن عابدين، **حاشية رد المحتار على الدر المختار**، ج5، ص417. والكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج7، ص404.

(2) ابن رشد الحفيد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ج3، ص81.

(3) الشربيني، **مغني المحتاج**، ج2، 282. والقليوبي وعميرة، **حاشيتا على كنز الراغبين**، ج2، ص527. والشربيني، **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**، ج2، ص86. الرافعي، عبد الكريم بن محمد، (623هـ/1226م)، **العزيز شرح الوجيز**، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1418ه/1998م، ج5، ص171.

(4) البهوتي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، ج3، ص425. وابن قدامة، **المغني**، ج4، ص77. والحجاوي، **الإقناع لطالب الانتفاع**، ج2، ص90. والمرداوي، **الإنصاف**، ج5، ص171. الفتوحي، محمد بن أحمد،(972هـ/1564م)، **منتهى الإرادات في جميع المقنع مع التنقيح وزيادات**، ط1، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1419ه/1999م، ج2، ص427.

(5) ابن قدامة، **المغني**، ج4، ص77.

منه بلا مشقة، أي أن الدائن لا يطالب الكفيل إلا إذا تعذر مطالبة الأصيل المكفول عنـــه، لأنه وسيلة لتوثيق الحق، فلا يستوفى الحق إلا عند تعذر استيفائه من الأصل، كالرهن[1]. ووجه هذا القول هو أن الكفالة بمنزلة وثيقة بالحق، فلا يجوز أن ينتقــل إلا عنـــد تعـــذر الاستيفاء من الأصيل كالرهن[2].

وبناء على ما سبق فإن الجمهور يرون أن الكفيل يعتبر مسؤولا في زمن إكمـــال أو إبرام عقد الكفالة، ويبدو للباحثة أن المالكية يرون أن الكفيل مسؤولا عند حدوث التعذر من أخذ المدين أي بوجود مشقة على أخذ مال المدين.

وعليه، فإن للدائن – على رأى الجمهور - أن يرفع دعوى على الكفيل ويطالبه فيها بتنفيذ التزامه ليؤدي ما التزم به. وأما عند المالكية فإن الكفيل لا يطالب إلا بعد تعذر الاستيفاء من المدين الأصيل، وأيضا فإن الدائن لا يجوز له أن يرفع دعوى على الكفيل قبل أن ترفع على الأصيل ويطالبه بما في ذمته[3].

المطلب الثاني: التزام الكفيل بأداء الدين في القانون المدني البروناوي

إن أهم وجوه الكفالة هي أنها تجعل الكفيل مسؤولاً تجاه الدائن في حالة تأخر المدين عن سداد دينه، وهو ما يعطي الحق للدائن لمطالبة الكفيل سداد الدين، ولذا فإن الكفالة هي نوع من العقد خاص بسداد الدين في حالة تأخر المدين الأصيل عن التزامه بالسداد، وإن التزام الكفيل هو سداد الدين أو تعويض خسارة تنشأ عن تأخر المدين في

---

(1) الدردير، **الشرح الصغير**، ج3، ص438 وما بعدها. وانظر: الحطاب، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، ج7، ص43.

(2) محمد حمد عبد الحميد، **الآثار المترتبة على الكفالة دراسة مقارنة**، رسالة الماجستير، ص57.

(3) المرجع السابق، ص102.

الدفع[1]. والتعويض عند الخسارة التي تنشأ عن تأخر المدين في الدفع ربا، وهو مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية.

وقد تناول القانون المدني البروناوي هذا الموضوع من خلال المادتين (79) و(81). المادة (79) حيث عرف الضمان بأنه عقد يتعهد فيه شخص بالوفاء بوعوده أو التزامه لشخص آخر في حالة عدم تسديده للدين، حيث نصت على ما يلي:

« **عقد الضمان هو عقد للقيام بوعد، أو دفع التزام عن الغير (طرف ثالث) في حالة عدم القيام، أو التأخير في الدفع، ويطلق على الشخص الذي يعطي الضمان (الكفيل)، والشخص الذي يُقدَّم عنه الضمان عن التأخير في الدفع يطلق عليه المدين الأصيل (الرئيس)، والشخص الذي يُقدَّم له الضمان يطلق عليه الدائن، وقد تكون الضمانة كتابة أو شفويا** »[2].

وحسب هذا النص القانوني فإن الالتزام بأداء الدين ينشأ في لحظة تـأخر المـدين عن سداد ما التزم به وأنه ما لم يتأخر المدين عن التسديد فإن الكفيل لا يُعد مسؤولاً حيال تسديد الدين.

وأما المادة (81) فتدل على أن مسؤولية الكفيل (أي الضامن) متماثلة أو متوازنة بين مسؤوليته ومسؤولية المدين الأصيل، ما لم ينص العقد على خلاف ذلك، حيث نصت على ما يلي:

---

(1) انظر: McGuinness, **The Law Of Guarantor**, 146

(2) النص القانوني باللغة الإنجليزية:

(79) A "contract of guarantee" is a contract to perform the promise, discharge the liability, of a third person in the case of his default. The person who gives the guarantee is called the "surety", the person in respect of whose default the guarantee is given is called the "principal debtor", and the person to whom the guarantee is given is called the "creditor". A guarantee may be either oral or written.

« **مسؤولية الكفيل متوازنة** (co-extensive) **بمسؤولية الأصيل ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك بالعقد** »[1].

من خلال عرض رأي الفقه الإسلامي في هذه المسألة ورأي القانون المدني البروناوي، نجد أن القانون وافق رأي المالكية في هذه المسألة، وهو جواز مطالبة الدائن الكفيل إلا في حالة تأخر المدين عن السداد، فهنا يحق للدائن أن يطلب الكفيل، وهذا ما نص عليه القانون.

المطلب الثالث: التزام الكفيل ذو طبيعة تبعية

(The Secondary Nature of the Obligation)

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من مسالة "التزام الكفيل ذو طبيعة تبعية"

أما في الفقه الإسلامي، فإن الكفالة عقد تابع، لأن التزام الكفيل يتأثر بالتزام المدين، فهو التزام تابع لالتزام المدين وجودا وعدما، ووجه التبعية يظهر من ارتباط التزام الكفيل بالتزام المدين، فإن كان التزام الأصلي صحيحا، كان التزام الكفيل كذلك، وإذا تأجل الدين تأجل التزام الكفيل، فحق مطالبة الكفيل حق تابع لحق مطالبة الأصيل[2]. ومن عبارات الفقهاء في ذلك:

ما ورد في الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل: «...ومتى برئ الغريم بأداء، أو إبراء، برئ الضامن؛ لأنه تبع فزال بزوال أصله...» [3]

وما ورد في الاختيار لتعليل المختار، حيث ذكر الموصلي ما يوضح أن التزام الكفيل تابع لالتزام المدين وليس بالعكس، فقال: « وإذا طولب الكفيل ولوزم طالب

---

(1) النص القانوني باللغة الإنجليزية:

(81) The liability of the surety is co-extensive with that of the principal debtor, unless it is otherwise provided by the contract.

(2) محمد فوزي محمود عوجان، **عقد الكفالة العينية**، أطروحة دكتوراه، ص16.

(3) ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، (620هـ/1223م)، **الكافي في فقه الإمام المجبل أحمد بن حنبل**، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1994م، ج2، ص129.

المكفول عنه ولازمه، وإن أدى الأصيل أو أبرأه رب الدين برأ الكفيل، وإن أبرئ الكفيل لم يبرأ الأصيل، وإن أخر عن الأصيل تأخر عن الكفيل وبالعكس لا » [1].

الفرع الثاني: التزام الكفيل ذو طبيعة تبعية في القانون

التزام الكفيل بموجب عقد الكفالة ذو طبيعة تبعية؛ لأن عقد الكفالة يتعلق بوجود دَين والتزام قائم، والتأخر في سداد الدين[2]، ويكون هنالك دائماً مدين أصيل، ويترتب التزام تبعي على الكفيل[3] ، وأن الكفيل ليس مسؤولاً ما لم يكن المدين الأصيل مسؤولاً في المقام الأول، أي التزام الكفيل دائماً يكون تبعيا لالتزام الأصيل الذي يظل مسؤولاً بموجب العقد الأساسي تجاه الدائن والمستفيد[4]؛ لأن التزام الكفيل بموجب عقد الكفالة ذو طبيعة تبعية أي تابعة لالتزام المدين الأصيل.

وعليه فإنه لا يقع الالتزام على الكفيل إلا في حالة تأخر (default) الأصيل عن القيام بالتزامه[5]؛ لأن الكفيل يتعهد بأن يكون بالإضافة إلى المدين الأصيل مسؤولاً عن أداء الالتزامات المستحقة على المدين الأصيل تجاه الدائن والمستفيد منها إذا لم يقم المدين الأصيل بتسديدها[6] ، والتزام الكفيل هو نوع من العقد خاص في حالة تأخر المدين

---

(1) الموصلي، عبد الله بن محمود، (683هـ/1284م) **الاختيار لتعليل المختار**، (دط)، بيروت، دار المكتبة العلمية، (دت)، ج2، ص166.

(2) انظر:

Agasha Mugasha, **The Law of Letters of Credit and Bank Guarantees**, 13

(3) شبكة الإنترنت:

Christopher Thomas QC, Ian Pennicott QC, **Bonds, Guarantees and Other Undertakings In English Law**
http://www.keatingchambers.co.uk/resources/publications/2005/ct_ip_bonds_guarantees.aspx

(4) المرجع السابق.

(5) انظر: 146 ،McGuinness, **The Law Of Guarantee**

(6) انظر:

Christopher Thomas QC, Ian Pennicott QC, **Bonds, Guarantees and Other Undertakings In English Law**

شبكة الإنترنيت:

الأصلي عن التزامه بالسداد، والتزام الكفيل هو سداد للدين أو تعويض خسارة تنشأ عن تأخر المدين في الدفع[1]. ولكن لا يكون الكفيل مسؤولاً دائما عن الالتزام، كحالة تأخر الأصيل تجاه الدائن من حيث عدم قبول ما دفعه الأصيل أو قام بأداءه للمدين[2] .

ومن الجدير بالذكر هنا، أنه ليس من الضروري أن يكون الكفيل قد أبلغ بذلك من قبل الدائن بأن المدين تخلف عن الدفع، والشائع في حالات الكفالات التجارية أن يتم إدخالها في اتفاقيات الكفالة ويمكن أن يتم إشعار الكفيل من قبل الدائن في حالة تأخر المدين عن الدفع، وإن طلب الدفع يتم تحت الكفالة خلال الزمن الذي تأخر فيه المدين عن الدفع[3] .

ويترتب على هذا الالتزام التبعي، بأن التزام الكفيل كالتزام الأصيل تجاه الدائن بموجب العقد الأساسي، وهذا هو مبدأ التوازن في المسؤولية والالتزام (The Principle of Co-Extensiveness)[4].

ونلاحظ في هذه المسألة، اتفاق رأي القانون مع رأي الفقه الإسلامي في أن مسؤولية والتزام الكفيل تابع لمسؤولية والتزام الأصيل.

---

http://www.keatingchambers.co.uk/resources/publications/2005/ct_ip_bonds_guarantees.aspx

(1) انظر: McGuinness, **The Law Of Guarantee**, 148

(2) المرجع السابق، ص146.

(3) انظر: McGuinness, **The Law Of Guarantee**, 158

(4) انظر:

Christopher Thomas QC, Ian Pennicott QC, Bonds, Guarantees and Other **Undertakings In English Law**

شبكة الإنترنيت:

http://www.keatingchambers.co.uk/resources/publications/2005/ct_ip_bonds_guarantees.aspx

المطلب الرابع: التزام الكفيل متوازن مع التزام الأصيل

(The Principle Co-Extensiveness)

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من مسألة "التزام الكفيل متوازن مع التزام الأصيل"

في كفالة الأموال لا يضمن الكفيل ما ليس مضمونا على الأصيل، فالتزام الكفيل تابع لالتزام الأصيل[1]، ويترتب على ذلك، أن تبعية الكفيل تقتضي أن تكون التزام الكفيل في حدود الالتزام بالمكفول، فلا يكون بقيمة أكبر أو بشروط أشد وإن جاز أن يكون بقيمة أقل وشروط أخف، كما ورد في المغني بأن الضامن فرع للمضمون عنه، فلا يلزمه ما لا يلزم المضمون عنه، لأن الضمان التزام دين في الذمة، فلا يجوز أن يلتزم ما لا يلزم المضمون عنه[2]؛ حدود مسؤولية الكفيل مقيدة بمسؤولية الأصيل في نطاق العقد.

الفرع الثاني: التزام الكفيل متوازن مع التزام الأصيل في القانون

المادة (81) : « **مسؤولية الكفيل متوازنة** (co-extensive) **بمسؤولية الأصيل ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك بالعقد** »[3].

من خلال هذه المادة حيث نصت أن مسؤولية الكفيل متوازنة، وهذا يعني:

أن تكون مسؤولية أو التزام الكفيل في حدود مسؤولية وواجبات المدين الأساسي دون زيادة ولا نقصان سواء من حيث المبلغ المستحق أو وقت أدائه، ووفقاً للشروط التي يُسأل عنها المدين الأصيل هي نفسها مسؤولية وواجبات المدين الأصيل، ولا يكون الكفيل ملتزما بأي مبلغ يزيد عن قيمة الدين الأصلي[4] .

---

(1) السالوس، **الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة**، ص85.

(2) ابن قدامة، **المغني**، ج4، ص75.

(3) النص القانوني باللغة الإنجليزية:

(81) The liability of the surety is co-extensive with that of the principal debtor, unless it is otherwise provided by the contract.

(4) انظر:

Agasha Mugasha, **The Law of Letters of Credit and Bank Guarantees**, 13
Johan Steyn, Guarantees: **The Co-Extensiveness Principle**. The Law Quarterly Review, 90, 246-266.

ويترتب على هذا المبدأ؛ أن كل ما يلغي أو يبطل التزام الأصيل، يلغي بالمثل التزام الكفيل، وللأسف هناك حالات يكون فيها الكفيل ملتزما تجاه الدائن حتى لو كان التزام الأصيل غير قائم، أو كان الالتزام لا يمكن تنفيذه، أو لم يعد موجودا، وفي هذه الحالات يظهر أن مسؤولية الكفيل توقفت أو تم حفظها بوجود نواحي قضائية ذات أهميه، أو لوجود نص في القانون يعلو على الكفيل والدائن معا، وهناك من الحالات التي لم يتم الوصول فيها إلى نتيجة، هي كالتالي[1]:

1) إفلاس الأصيل (Bankruptcy)

ينُص التشريع الخاص بالإفلاس أن الأمر الصادر بالإخلاء في حالة الإفـــلاس لا يُطلِق سراح الشخص الذي يكون بتاريخ تلقيه أمر الحبس أو حجز أشــياء الغيــر كفــيلا للمفلس، إذ قبل صدور نص قانوني لهذه الغاية تقرر أن إفلاس الأصــيل لا يــؤدي إلـــى إطلاق سراح الكفيل[2] .

2) تصفية الشركات (Liquidation of a company)

إن إفلاس شخص ما، لا يعني إعفاء الكفيل من التزامه، وكذلك تصفية الــشركة، أو حلّها له نفس الأثر على التزام الكفيل كما هو الحال في إفلاس الفرد، أو الــشخص[3]، حيث إن إفلاس المدين الفرد، أو الشخص، وتصفية الشركة المدينة يــؤدي إلـــى إعفـــاء المدين ولا يعني إعفاء الكفيل معا[4] .

---

(1) انظر:

R. Else Mitchell, **Is A Surety's Liability Co-Extensive With That Of The Principal Debtor?** The Law Quarterly Review, 63, 355-371.
New South Wales Law Reform Commission, **Guaranteeing someone else's debts**, Report 107, 167-168.

(2) انظر:

R. Else Mitchell, **Is A Surety's Liability Co-Extensive With That Of The Principal Debtor?** The Law Quarterly Review, 63, 370.

(3) المرجع السابق، ص366.

(4) انظر:

R. Else Mitchell, **Is A Surety's Liability Co-Extensive With That Of The Principal Debtor?** The Law Quarterly Review, 63, 355-371.
New South Wales Law Reform Commission, **Guaranteeing someone else's debts**, Report 107, 365

3) قانون التقادم[1] (Statue of Limitations)

وهذا يعني سقوط التزام الكفيل تبعا لسقوط التزام المدين، رغم أن القانون لا يطاله في هذه الحالة وتبعا لذلك فإن الكفيل يظل مسؤولا حسب عقد الكفالة أو الضمان، وإن الدائن لم يلتزم بإطلاق سراح المدين، وكأن الدائن أيضا يهمل أن يرفع الدعوى مع أنه أهل للمقاضاة خلال فترة محددة من الزمن حددها القانون، والدين رغم أنه لم يسدد لا يزال مستحقا على المدين. وإذا طبقنا القاعدة العامة؛ المتوازنة (co-extensiveness principle) وهي أن الالتزام الساري المفعول فإن استبعاد المطالبة بالدين ينطبق أيضا على حق الدائن تجاه الكفيل[2] .

وإن هذه الحالات السابقة لم يتم الوصول فيها إلى نتيجة وهي نوع من التغيير في الإجراءات تعمل على منع تنفيذ التزام المدين، ويمكن القول إنه ليس هنالك تطبيق جامد للقاعدة العامة التي يقرّها القانون الإنجليزي وهي أن التزام الكفيل يتماشى مع التزام المدين، وأن هنالك تعديلات جرت، وهناك استثناءات قامت بها المحاكم، ولكن هذه كلها كانت نتيجة لمحاولات لا تسير في الاتجاه نفسه، أو لتعديل المصالح المتضاربة للدائن والمدين والكفيل وكذلك المصالح العامة فيما يتعلق بتنفيذ الالتزامات التعاقدية بشكل رسمي [3] .

وغالبا يُوقّع الكفلاء على عقد الكفالة دون أن يدركوا تماماً تأثير ذلك مستقبلاً، وعليه من المهم جداً للكفيل الذي يعنيه الأمر قراءة وفهم عقد الكفالة قبل التوقيع عليه، للالتزامات التي تتعلق بالكفيل ومنها[4] .

Johan Steyn, Guarantees: **The Co-Extensiveness Principle**. The Law Quarterly Review, 90, 264.

(1) القانون الوارد على مراعاة مواعيد خاصة لرفع نوع معين من الدعاوى، بحيث إذا انقضت هذه المواعيد دون أن ترفع سقطت حقوق أصحابها في رفعها.

(2) انظر:

R. Else Mitchell, **Is A Surety's Liability Co-Extensive With That Of The Principal Debtor?** The Law Quarterly Review, 63, 367.

(3) انظر: المرجع السابق، ص371.

(4) انظر:

§ تحديد مدة الالتزام الخاص بالكفيل في وثيقة الكفالة.
§ تحديد التزاماته بموجب عقد الكفالة.
§ في حالة تخلف المدين الأصيل عن دفع ما يستحق عليه إلى المؤسسة لدى قيام المؤسسة المالية بمطالبة الكفيل.

الكفالة هي أحد أنواع العقود للاحتياط ضد حالة طارئة. وفي حالة وجود كفالة تكون الحالة الطارئة عبارة عن تخلف المدين عن أداء ما التزم به في الكفالة، وحيث أن التزام الكفيل يعتبر تابعا لالتزام المدين الأصيل، فإن التزام الكفيل لا يطالب به إلا إذا تخلف المدين الأصيل عن القيام بما التزم به[1] .

ولكون التزام الكفيل التزاما ناشئا عن تخلف المدين الأصيل، فسوف نستعرض عدداً من الأمور ذات الصلة بالتزام الكفيل في حالة تخلف المدين عن الدفع، وهي على النحو التالي [2] :

أ. رضا الدائن

إذ ليست كل حالة تخلف عن الدفع تعني التزام الكفيل، وكي يكون الكفيل مسؤولا فإن تخلف المدين عن الدفع يجب أن لا يُعزى إلى تصرف الدائن، أو عدم قبول الدائن المبلغ من المدين، إذ أن التخلف عن الدفع الذي يتم برضا الدائن لا يجعل الكفيل مسؤولا، إلا أن الكفيل لا يُعفى من الالتزام إذا كان التخلف عن الدفع حدث نتيجة لحادث عارض يُعزى إلى المدين أو إهمال من جانبه[3].

ب. عدم رضا الدائن

Christopher Thomas QC, Ian Pennicott QC, **Bonds, Guarantees and Other Undertakings In English Law**

شبكة الإنترنيت:

http://www.keatingchambers.co.uk/resources/publications/2005/ct_ip_bonds_ guarantees.aspx

(1) انظر: McGuinness, **The Law Of Guarantee**, 146

(2) المرجع السابق، ص145.

(3) انظر: McGuinness, **The Law Of Guarantee**, 146

وأما عدم رضا الدائن فليس أحد أسباب التخلف عن الدفع، إذ أن التخلف عن الدفع يعتمد على شروط الاتفاق بين الأطراف والمهم هو ما إذا لم يكن المدين قد تصرف حسب ما جرى الاتفاق عليه، وما إذا كان الكفيل ملزماً بموجبه حسب شروط الكفالة عن التأخير، إذ أن كل حالة تعتمد على شروط العقد الخاص به(1).

والكفالة التزام عقدي لأنه يقدم على التزامات عقدية وأن الكفيل ما هو إلا متمم للعقد وأن الالتزامات المترتبة على الكفالة هي ذات تأثير على طبيعة الالتزام الخاص بالكفيل لأن التزام الكفيل قد يكون متلازماً مع التزام المدين ولكنه من الشائع تماماً بالنسبة لالتزام الكفيل أن يكون أدنى من التزام المدين نتيجة للحدود الواقعة على الالتزام الواردة في الضمان نفسه(2).

المبدأ القانوني العام يرى أن التزام الكفيل يسير جنباً إلى جنب مع التزام المدين أي أنه في حالة إلغاء عقد المدين، أو إخلاء أطرافه، أو الإقرار بأنه باطل فإن عقد الضمان يكون كذلك، وأن الدائن لا يكون في موقف قوي تجاه المدين، وعليه إذا كان المدين في حل من الالتزام فيكون الكفيل كذلك(3).

إن مسؤولية الكفيل تتم من خلال الاتفاقية التي أُبرمت ولا تتجاوز ما اتفق عليه، مثلاً فإذا كان الكفيل مسؤولاً عن مبلغ معين فلا يكون مسؤولاً عما عدا ذلك(4).

قد يكون التزام الكفيل مشروطاً، فإذا وعد الكفيل بأن يدفع عند الطلب مبلغاً قبل اتخاذ أي إجراء ضده، فإن مثل هذا الطلب يجب أن يكون واضحاً دون مواربة، وإذا كان الطلب وفق شروط الكفالة فإن الإشعار بالطلب يجب إثباته، أو تقديم ادعاء به، والهدف

---

(1) المرجع السابق، ص148

(2) المرجع السابق، ص150

(3) انظر:

NSW Law Reform Commission, Refort 107, **Guaranteeing someone else's debts,** 167-168.

(4) انظر: McGuinness, **The Law Of Guarantee**, 150

من ذلك هو إبلاغ الكفيل أن هناك تأخير في الدفع، رغم أن ذلك ليس ضرورياً لإبلاغ الكفيل من قبل الدائن بأن المدين متأخر عن الدفع[1].

ومن خلال المقارنة بين الفقه والقانون في هذه المسألة، نجد أن القانون قد اتفق مع الفقه الإسلامي في أن التزام الكفيل متوازن مع التزام الأصيل وتابع له.

(1) انظر : McGuinness, **The Law Of Guarantee**, 152-157

المبحث الثاني
انتهاء واجبات الكفيل

المطلب الأول: انتهاء واجبات الكفيل في الفقه الإسلامي

انتهاء الكفالة تبعا لانتهاء التزام الأصيل، لذا تنتهي الكفالة بانقضاء الدين المكفول به بأي طريق من طرق انقضاء الدين، كالأداء، والإبراء، والصلح، والحوالة وغير ذلك[1]

أولا: الأداء

الأداء أو ما في معنى الأداء. من المتفق عليه عند جمهور الفقهاء[2] أن تسليم وأداء الدين أمر يقتضي انتهاء الكفالة بالدين، وبراءة ذمة الكفيل من المطالبة، وبراءة ذمة الأصيل من أصل الدين، سواء أكان تسليم من جهة الأصيل أم من جهة الكفيل، فالنتيجة واحدة لأن الدين واحد، فإذا استوفي مرة زال تعلقه بالجميع.

قد يكون الأداء حقيقيا بتنفيذ الالتزام ووصول كل ذي حق حقه، وذلك بأن يقوم الأصيل أو الكفيل بتسليم الدين أو العين للطالب حقيقية، وقد يكون الأداء حكميا، ويشترك الأداءان في كونهما مبرئان للكفيل ومسقطان للكفالة[3] .

ومن أشكال الأداء الحكمي ما يلي:

---

(1) **الموسوعة** الفقهية، ج34، ص319. ونفس المرجع، ج21، 138 وما بعدها.

(2) انظر: الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج7، ص405 وما بعدها. والدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج4، ص552. والشربيني، **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**، ج2، ص86. والشربيني، **مغني المحتاج**، ج2، ص284. وابن قدامة، **المغني**، ج5، ص76 وما بعدها. ومحمود أحمد مروح مصطفى، **الكفالة وأنواعها وطرق الإبراء منها**، ص109.

(3) محمود أحمد مروح مصطفى، **الكفالة وأنواعها وطرق الإبراء منها**، ص109.

1) **هبة الدين**: فلو وهب الدائن دينه للكفيل أو للأصيل فقد سقطت الكفالة لأن الدائن قد ملَّكهما إياهن والهبة في المعنى الأداء[1]. وكذلك إذا تصدق به على الكفيل أو على الأصيل[2].

2) **الإبراء من الدين**: الإبراء هو إسقاط الشخص حقا له في ذمة آخر[3]. إذا أبرأ الدائن الكفيل أو الأصيل انتهت الكفالة، أو إذا أبرأ الأصيل يبرأ الكفيل؛ لأن الدين على الأصيل لا على الكفيل، وبالتالي الكفيل فرع للأصيل، فكان إبراء الأصيل إسقاطا للدين من ذمته، فيسقط حق المطالبة للكفيل بالضرورة؛ لأنه إذا سقط الأصل سقط الفرع، أي إذا برئ الأصل زالت الوثيقة. وأما إذا أبرأ الكفيل فلا تبرأ ذمة الأصيل، لأنه أصل، فلا يبرأ بإبراء التبع[4]. ولو أبرأ الطالب الكفيل لا يرجع على الأصيل لأن الإبراء إسقاط، وهو في حف الكفيل إسقاط المطالبة لا غير، ولهذا لا توجب براءة الكفيل براءة الأصيل[5].

3) **اتحاد الذمة**: وذلك إذا كان زيد مدينا لأخيه الشقيق بكر بمبلغ ألف دينار مثلا، ثم مات بكر الدائن، وليس له وارث إلا أخوه زيد، فيرث زيد من ضمن ما يرثه عن بكر هذا الدين، وبذلك يكون زيد مدينا ودائنا لحلول محل الدائن المورث، فإذا طالب بالدين، فهو إنما يطالب نفسه ليأخذه لنفسه، وذلك لاتحاد الذمة، فيسقط الدين وينقضي لعدم الفائدة في المطالبة[6].

---

(1) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج7، ص406. والدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج4، ص548.

(2) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج7، ص406.

(3) نزيه حماد، **معجم المصطلحات المالية والاقتصادية**، ص13.

(4) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج7، ص406. والدسوقي، **حاشية الدسوقي**، ج4، ص548. والشربيني، **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**، ج2، ص86. والشربيني، **مغني المحتاج**، ج2، ص283 وما بعدها. وابن قدامة، **المغني**، ج5، ص77 وما بعدها.

(5) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج7، ص411.

(6) انظر: النووي، **روضة الطالبين**، ج3، ص500. **والموسوعة الفقهية**، ج21، ص140.

4) **المقاصة**: بأنها إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمة[1]. وذلك بأن تشغل ذمة الدائن بمثل ماله على المدين في جنس والصفة ووقت الأداء، فعندئذ تقع المقاصة ويسقط الدينان إذا كانا متاسويين في المقدار، فإن تفاوتا في القدر سقط من الأكثر بقدر الأقل وبقيت الزيادة، فتكون المقاصة في القدر المشترك، ويبقى أحدهما مدينا للآخر بما زاد[2].

5) **الحوالة**: هي نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه[3]. وقد قال جمهور الفقهاء بأنه إذا أحال المدين الدائن بدينه المكفول به على شخص ثالث، وتمت الحوالة برئ المدين من الدين بحكم الحوالة، وبرئ الكفيل تبعا منه[4]، إلا قال زفر: لا يبرأ لأن المقصود بها التوثق وهو بازدياد المطالبة كالكفالة لا تؤثر في سقوط ما كان له من المطالبة[5] ، ويشترط عند الحنفية رضا المحيل والمحال والمحال عليه[6]، لأن الحوالة تصرف على المحال عليه بنقل الحق إلى ذمته فلا يتم إلا بقوبله ورضاه[7]، وأما عند المالكية لا يشترط رضا المحال عليه[8]، وكذلك عند الشافعية يشترط رضا المحيل والمحتال لا المحال عليه في الأصح، لأن للمحيل إيفاء الحق من حيث شاء، فلا يلزم بجهة، وحق المحتال في ذمة المحيل فلا ينتقل إلا برضاه، وأما المحال عليه لا يشترط رضاه لأنه محل الحق

---

(1) نزيه حماد، **معجم المصطلحات المالية والاقتصادية**، ص432.

(2) **الموسوعة الفقهية**، ج21، ص140.

(3) نزيه حماد، **معجم المصطلحات المالية والاقتصادية**، ص187.

(4) ابن عابدين، **حاشية رد المحتار على الدر المختار**، ج5، ص488. والدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ج3، ص337. والبغوي، **التهذيب في فقه الإمام الشافعي**، ج4، ص164. والفتوحي، **منتهى الإرادات في جميع المقنع مع التنقيح وزيادات**، ج1، ص417

(5) الزيلعي، **تبيين الحقائق شرح الكنز الدقائق**، ج5، ص72.

(6) ابن عابدين، **حاشية رد المحتار على الدر المختار**، ج5، ص488 وما بعدها. والكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج5، ص8.

(7) الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج5، ص8.

(8) الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ج3، ص337.

والتصرف[1] ، وعند الحنابلة يشترط رضا المحيل فقط، ولا يعتبر رضا المحال والمحال عليه[2] .

ثانيا: انفساخ سبب الدين المكفول به

فإذا انفسخ العقد الذي نشأ عنه الدين المضمون وبرئت بسبب ذلك ذمة الأصيل من الدين، فإن التزام الكفيل ينقضي تبعا لذلك، فإذا ضمن شخص مشتريا لسلعة بثمنها فانفسخ عقد البيع لهلاك السلعة عند البائع قبل تسليمها برئت ذمة كل من المدين والكفيل، المدين ابتداء والكفيل تبعا[3] .

ثالثا: الصلح

الصلح عبارة عن معاقدة يرتفع بها النزاع بين الخصوم، ويتوصل بها إلى الموافقة بين المختلفين؛ فهو عقد وضع لرفع المنازعة بعد وقوعها بالتراضي عندهم[4] .

وتنتهي الكفالة بالصلح بأن يصالح الكفيل الدائن على بعض المدعى به، ويبرأ حينئذ الكفيل والأصيل في حالتين[5] :

أحدهما: أن يقول: على أني والمكفول عنه بريئان من الباقي.

والثانية: أن يقول: (صالحتك على كذا) مطلقا عن شرط البراءة.

ويبرأ الكفيل وحده في حال واحدة، وهي أن تقول: (على أني برئ من الباقي).

---

(1) الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، ج2، ص263.

(2) البهوتي، **كشاف القناع على متن الإقناع**، ج3، ص451.

(3) أحمد محمد إسماعيل برج، **الكفالة بالمال وأثرها في الفقه الإسلامي**، ص143.

(4) نزيه حماد، **معجم المصطلحات المالية والاقتصادية**، ص281.

(5) الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج6، ص4170.

المسألة: ما الحكم إذا صالح الكفيل على مقدار الدين، هل يرجع بما أداه صلحا أو يرجع عقد الدين؟

أولا: رأي الحنفية

فإن صالح الكفيل رب المال عن الألف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الأصل، لأنه أضاف الصلح إلى الألف الدين وهي على الأصيل، فبرئ عن خمسمائة لأن إسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل، ثم برئا جميعا عن خمسمائة بأداء الكفيل، ويرجع الكفيل على الأصيل بخمسمائة إن كان كانت الكفالة بأمره، بخلاف ما إذا صالح على جنس آخر لأنه مبادلة حكمية فملكه فيرجع بجميع الألف[1].

ثانيا: رأي المالكية

جاز أن يصالح الضامن رب الدين عن الدين بما جاز للغريم أي للمدين، الصلح به عما عليه لتنزيله منزلته على الأصح، فما جاز للغريم أن يدفعه عوضا عما عليه جاز للضامن وما فلا، ورجع الضامن الغارم على المدين بالأقل من الدين أو قيمة ما صالح به، أي رجع بالأقل من الأمرين، وهما الدين أو قيمة ما صالح به[2].

ثالثا: رأي الشافعية

لو صالح من الدين على بعضه أو أدى بعضه وأبرأ من الباقي رجع بما أدى وبرئ فيهما، والأصح إن مصالحة الكفيل المأذون على غير جنس الدين لا تمنع الرجوع، لأن قصد الآذن حصول البراءة وقد حصلت، وهو يرجع بالأقل من الدين المضمون وقيمة المؤدي، فلو صالح بالإذن عن عشر دراهم على ثوب قيمته خمسة أو عن خمسة على

---

(1) ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج7، ص182.

(2) الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ج4، ص547 وما بعدها.والحطاب، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، ج7، ص43. والدردير، **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**، ج3، 436 وما بعدها.

ثوب قيمته عشرة، لم يرجع إلا بخمسة. والثاني: تمنع، لأن إنما إذن في الأداء دون المصالحة فهو متبرع[1].

المطلب الثاني: انتهاء واجبات الكفيل في القانون المدني البروناوي

الكفالة عقد لازم بالنسبة للكفيل، ولا يستطيع الكفيل التخلص من الكفالة إلا ببراءة الذمة التي شغلت بالالتزام والواجبات، وهناك حالات – نص عليها في القانون المدني البروناوي- تؤدي إلى براءة ذمة الكفيل ويترتب على ذلك انتهاء الكفالة. وبراءة ذمة الكفيل إما أن يكون سببها الوفاء بالدين، أو إخلاء الكفيل عن الكفالة، وفيما يلي بيان ذلك على النحو التالي:

أولا: الوفاء بالدين

تنتهي الكفالة بالوفاء بالدين، أي دفع الدين المكفول به سواء كان الدفع من قبل المدين الأصيل، أو من قبل الكفيل، تفصيل ذلك:

1) دفع الدين من قبل المدين.

حيث إن الهدف من الضمان هو أداء الالتزام من قبل المدين فإن من المنطق إخلاء طرف الكفيل من المسؤولية بموجب ضمان حيث يدفع المدين الدين، أو أداء ما التزم به أي الذي ضمنه الكفيل[2].

2) قيام الكفيل بالدفع.

قد يخلى طرف الكفيل من التزامه من قبل الدائن، ويكون وفاء الكفيل بالدين تاماً حسب شروط الضمان، وبالتالي يتم إخلاء طرفه[3] .

---

(1) الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، ج2، ص 284 وما بعدها. والرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، ج4، ص293 وما بعدها. والقليوبي وعميرة، **حاشيتا على كنز الراغبين**، ج2، ص529.

(2) انظر: McGuinness, **The Law Of Guarantee**, 174

(3) انظر: McGuinness, **The Law Of Guarantee**, 172

ومن الجدير بالذكر هنا، أن أية مدفوعات تُقبل من الدائن تفي بالدين، تخلى طرف الكفيل بحسب ما دفع، بغض النظر عن زمن الدفع، ولكن ليس كل نوع من الدفع يُخلي طرف الكفيل من حيث إعفاؤه من الالتزام، إذ يجب أن يكون المفهوم من الدفع قبوله كتسديد للدين، وهذا الفارق هام جداً خاصة إذا تم الدفع بالشيك، وإذا قبل الدائن الشيك ولكنه غير مقبول لاحقاً، فإن التزام الكفيل لا ينقضي[1] .

ثانيا: إخلاء الكفيل من الكفالة.

وإخلاء الكفيل قد يكون بسبب تغير العقد، أو إخلاء المدين الأصيل، أو أن يكـــون موافقة بين الدائن والمدين الأصيل، أو إذا تصرف الدائن بطريقة لا تتماشى مـــع حقـــوق الكفيل. وهنك عدة حالات لإخلاء الكفيل من الكفالة وهي:-

1) إخلاء الكفيل بتغير العقد.

نصت المادة (86) : « أي تفاوت يتم بين الدائن والمدين الأصـــيل دون موافقـــة الكفيل يلغي ما يترتب على الكفيل من صفقات لاحقة »[2] .

2) إخلاء أي إبراء الكفيل بإخلاء المدين الأصيل.

صت في المادة (87) : « يتم إخلاء أي إبراء الكفيل من أي عقـــد بـــين الـــدائن والمدين الأصيل بمقدار ما يتم إخلاء طرف المدين الأصيل أو بمقـــدار مـــا يـــسمح بـــه الدائن»[3] .

3) إخلاء الكفيل بموافقة الدائن والمدين أو أن يخصص وقت، أو يعد بعدم مقاضاة الـــدائن الأصيل.

---

(1) المرجع السابق، ص174

(2) النص القانوني باللغة الإنجليزية (المادة:86):

86. Any variance, made without the surety's consent, in the terms of the contract between the principal debtor and the creditor, discharges the surety as to transactions subsequent to the variance.

(3) النص القانوني باللغة الإنجليزية (المادة:87):

87. The discharged by any contract between the creditor and the principal debtor, by which the principal debtor is released, or by any act or omission of the creditor, the legal consequence of which is the discharge of the principal debtor.

كما نصت المادة (88) : « يتم إجراء عقد بين الدائن والمدين الأصيل، حيث بموجبه يقوم الدائن بعقد اتفاق، أو يعد بتخصيص أي إعطاء وقت لذلك أو بعدم مقاضاة الدائن الأصيل مما يخلي الكفيل من المسؤولية ما لم يتعهد الكفيل بذلك في هذا العقد »[1] .

ويشترط في إخلاء الكفيل في حالة الوعد بتخصيص، أو إعطاء وقت للمدين الأصيل، أن تكون الموافقة بين الدائن والمدين الأصيل نفسه ليس غيره، كما ورد في المادة (89) : « حيث يتم بموجب العقد إعطاء وقت للمدين الأصيل من قبل الدائن بالاتفاق مع طرف ثالث وليس مع المدين الأصيل، فإن الكفيل لا يخلى من المسؤولية »[2]

4) إخلاء الكفيل إذا تصرف الدائن بطريقة لا تتماشى مع حقوق الكفيل.

نصت المادة (92) : « إذا تصرف الدائن بطريقة لا تتماشى مع حقوق الكفيل، أو لم يقم بواجبه تجاه الكفيل، أو بالتعويض للكفيل تجاه المدين الأصيل الذي لحقه الضرر، فإن الكفيل يصبح خالي الطرف »[3].

من خلال المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون في انتهاء الواجبات الكفيل، نجد أن طرق انتهاء واجبات الكفيل في الفقه الإسلامي أكثر منها في القانون، فقد نص في الفقه الإسلامي على عدة طرق، منها الأداء ويشمل الهبة والإبراء وغيرها، بينما نص في القانون على الأداء والإخلاء، وهناك حالات لانتهاء واجبات الكفيل كالمقاصة، واتحاد

---

(1) النص القانوني باللغة الإنجليزية (المادة:88):

88. A contract between the creditor and the principal debtor by which the creditor makes a composition with, or promises to give time to, or not to sue, the principal debtor, discharges the surety, unless the surety assents to such contract.

(2) النص القانوني باللغة الإنجليزية (المادة:89):

89. Where a contract to give time to the principal debtor is made by the creditor with a third person, and not with the principal debtor, the surety is not discharged.

(3) النص القانوني باللغة الإنجليزية (المادة:92):

92. If the creditor does any act which is inconsistent with the rights of the surety, or omits to do any act which his duty to the surety requires him to do, and the eventual remedy of the surety himself against the principal debtor is thereby impaired, the surety is discharged.

الذمة نص عليها في الفقه الإسلامي، ولم يذكرها القانون، وكـــان الأجـــدر بالقـــانون أن يذكرها.

الفصل الرابع

التعريف ببنك بيروناي دار السلام الإسلامي

وتطبيقات حقوق الكفيل وواجباته

في بنك بروناي دار السلام الإسلامي

وفيه أربع مباحث

المبحث الأول: التعريف ببنك بيروناي دار السلام الإسلامي

المبحث الثاني: أنواع الكفالة التي تتعامل بها البنوك الإسلامية

المبحث الثالث: أهمية الكفالة في صفقات القروض

المبحث الرابع: تطبيقات حقوق الكفيل وواجباته في بنك بروناي دار السلام الإسلامي عموما

المبحث الأول
التعريف ببنك بيروناي دار السلام الإسلامي

المطلب الأول: لمحة موجزة عن البنوك في بروناي دار السلام

تأسس أول بنك في بروناي قبل الوجود الاستعماري البريطاني سنة 1935 تحت اسم بنك أو مصرف المدخرات البريدية (Post Office Saving Bank) ولكن الاحتلال الياباني أتلف كل سجلات البنك، أما البنك الأول أثناء الحكم البريطاني فهو بنك هونج وشنغهاي (Hong Kong and Shanghai Bank) الذي أنشئ في منتصف سنه 1940مـ، والذي يُطلق علية الآن بنك هونج كونج (Hong Kong Bank)، ومن ثم أنشئ مصرف ستاندرد تشارترد (Standard Charted)، وكان يدعم هذه البنوك ويديرها جهاز إداري بريطاني حسب الطريقة البريطانية والقانون البريطاني، وأما البنوك التي أنشئت لاحقا في بروناي فكان بنك مالايان (Malayan Bank) سنه 1960مـ، ثم هيئة مالايان المتحدة المصرفية (United Malayan Banking Corporation) سنة 1963مـ، ثم بنك بروناي الوطني (National Bank of Brunei) سنة 1964مـ [في منتصف الثمانينات بنك بروناي الوطني الذي أفلس]، ثم سيتي بنك (Citybank) سنة 1971مـ، وبنك تنمية الجزيرة (Island Development Bank) سنة 1980مـ [وأعيدت تسمية بنك (IDB) لاحقا فأصبح اسمه بنك بروناي الدولي (International Bank of Brunei)، ثم في سنه 1993مـ أعيدت تسمية بنك بروناي الدولي فأصبح اسمه بنك بروناي الإسلامي (Islamic Bank of Brunei)]، وصندوق الائتمان الإسلامي ببروناي (Tabung Amanah Islam Brunei) 1991مـ، وبيدوري بنك (Baiduri Bank) سنة 1992مـ، وأخيراً بنك تنمية بروناي (Development Bank of Brunei Darussalam) سنة

1995م [1]، وفي سنة 2000م أعيدت تسمية بنك تنمية بروناي فأصبح اسمه بنك تنمية بروناي الإسلامي[2] .

ومن مجموع البنوك العالمية في بروناي دار السلام يقدم البنك الإسلامي في بروناي (IBB) وبنك تنمية بروناي الإسلامي (IDBB) وصندوق الائتمان الإسلامي ببروناي (TAIB) فقط الخدمات البنكية الإسلامية في حين تقوم البنوك الأخرى بتقديم الخدمات المالية بالطرق المالية العادية أو التقليدية (conventional)، كما أن التسهيلات المالية الإسلامية لم تبدأ حتى مطلع التسعينات، قد بدأ تدشين بنك (TAIB) سنه 1991م حيث تكوَّن أساسا على أنه صندوق ائتمان وظيفته الإسلامية تقديم تسهيلات للمسلمين لأداء فريضة الحج إلى مكة[3] . أما بنك بروناي الإسلامي وبنك تنمية بروناي الإسلامي فقد أُسسا لتقديم تسهيلات تتم عن طريق بنوك إسلامية خاصة في مجال التجارة[4] .

وحاليا، هناك ثمانية من المصارف التجارية العاملة في بروناي، ومن ذلك بنك بروناي دار السلام الإسلامي[5] .

---

(1) انظر:

M.Shahid Ebrahim and Tan Kai Joo, **Islamic Banking In Brunei Darussalam, International Journal of Social Economics**(2001), Vol.28, No.4, 327

(2) محمد صفيان بن أواغ تغة، **التأمين، أحكامه وتطبيقاته في بنك بروناي الإسلامي للتنمية في سلطنة بروناي دار السلام**، رسالة ماجستير، ص13.

(3) انظر: **Buku Ristaan Perbadanan Tabung Amanah Islam Brunei**, hlm.2

(4) انظر:

M.Shahid Ebrahim and Tan Kai Joo, **Islamic Banking In Brunei Darussalam, [International Journal of Social Economics**, Vol.28, No.4, .328

(5) انظر:

Borneo Bulletin, Yearbook 2011, The Guide To Brunei Darussalam, 110
The Report Brunei Darussalam 2010, 46

المطلب الثاني: التعريف ببنك بروناي دار السلام الإسلامي

في يوم 17 يوليو 2005 أذاعت وزارة المالية أن جلالة سلطان بروناي وافق على دمج بنك بروناي الإسلامي (IBB) مع بنك بروناي للتنمية (IDBB) وتشكلت شركة جديدة من البنك الإسلامي (BIBD) دار السلام في العاشر من سبتمبر 2005 وعمل بنك (BIBD) بصورة كاملة في 3 يوليو 2006 كبنك إسلامي معتمد وقانوني يضم (6000) موظفا[1].

والغاية من إنشاء بنك بروناي دار السلام هي رفع جودة ونوعية حياة الأفراد من خلال تمويل إسلامي، لذا قام البنك بتوسيع نشاطه في عدة مناطق لمساعدة البلاد على مقدرتها المالية وخبرتها، ولكي تلعب دوراً هاماً في المساعدة على تنمية اقتصاد السُلطانية. وتعد المهمة الإسلامية لبنك (BIBD) هي ضمان أن يقوم العاملون به بالعمل بصورة أخلاقية عالية، وحمل مسؤولياتهم بأمانة حسب مقاييس الشريعة الإسلامية، وبصورة مهنية عالية، سواء في الإنجاز أو خدمات العملاء. وهذا مما يعزز القيم الخاصة بمهمة البنك، وهي توفير الحلول المالية الإسلامية للعملاء، وللمجتمع، ولصالح المساهمين، وجذب العملاء ودعم النمو الاقتصادي للأمة، كما يهدف بنك (BIBD) إلى تلبية حاجات العملاء بطريقة تنافسية بالإضافة إلى توفير عائدات كبيرة للمساهمين والمحافظة على الزبائن المتعاملين معه. ويعتبر بنك (BIBD) مؤسسة ميروقراطية، أي تقوم على الجدارة والكفاءة ومهنية يعمل بها فريق عمل من الموظفين عددهم حوالي (5000) موظفا بالإضافة إلى ذلك يمتلك بنك (BIBD) معرفة وموارد ذات فائدة للعملاء[2].

ويقدم البنك مجموعة متنوعة من المنتجات والخدمات التي تشمل ثلاثة مجالات رئيسية، هي: الخدمات المصرفية (Consumer Banking)، وخدمات الشركات (Corporate Banking)، والعمليات المصرفية الاستثمارية (Investment Banking)[3] .

---

(1) شبكة الإنترنت: . http://www.bibd.com.bn

(2) المرجع السابق.

(3) انظر: Bank Islam Brunei Darussalam, **Corporate Profile**, 2010, 7

ويوفر البنك للعملاء مجموعة متنوعة من الخدمات المصرفية الشخصية لتلبية احتياجهم، من منتجاته تشمل الحسابات جارية التوفير، القروض والتسهيلات الشخصية، وقروض الإسكان، تمويل السيارات، بطاقات الائتمان، والودائع لأجل، تحويل العملات، والفرص الاستثمارية، وقد استمر دعم البنك لمؤسسات الأعمال الصغيرة والمتوسطة (Small and Medium Enterprise) بمنحها القروض، ويضع البنك نصب عينيه توفير التمويل اللازم بآجاله المختلفة (قصيرة ومتوسطة وطويلة) لكافة قطاعات النشاط الاقتصادي، مع إعطاء عناية خاصة للقطاعات الإنتاجية ذات الأهمية الحيوية للاقتصاد القومي، ويهدف البنك من وراء ذلك إلى المساهمة الفعالة في تدعيم خطط التنمية الاقتصادية للدولة، ويعمل جاهدا من أجل توسيع قاعدة عملائة المستثمرين بصورة مطردة بهدف الوصول بالخدمات التمويلية إلى كافة أنحاء البلاد وقطاعيا لتشمل جميع الأنشطة الاقتصادية من زراعة وصناعة وخدمات وتجارة وغيرها ترسيخا للدور الذي يضطلع به البنك في خدمة الاقتصاد القومي وعملا على توزيع مخاطر العمليات الاستثمارية[1] .

(1) شبكة الإنترنت: . http://www.bibd.com.bn

المبحث الثاني

أنواع الكفالة التي تتعامل بها البنوك الإسلامية

إن أساس إيجاد بنوك إسلامية كان يقوم على منع الربا، حتى لا تتساوى البنوك الإسلامية مع البنوك التقليدية خاصة في تحقيق أرباحها[1]، والمهم، أن لا يكون هدف البنوك الإسلامية هو تحقيق الأرباح فقط بل يجب أن تأخذ في الاعتبار النواحي الأخلاقية المتعلقة بالالتزامات تجاه المجتمع، ومن تلك الالتزامات الأخلاقية التي يجب على البنوك مراعاتها هي: أن تقدم خدمات وفقا للمبادئ الإسلامية، ومن ذلك وجدنا أن رؤية بنك بروناي دار السلام الإسلامي هي تقديم حلول مالية وفقا للشريعة الإسلامية للمجتمعات لمنفعة المساهمين، وفي نفس الوقت لدعم المجتمع ونموه[2] .

عموما إن الكفالات في البنوك الإسلامية مشابهة للكفالات التقليدية، وعلى ذلك فإن الكفالة في البنوك الإسلامية تشمل الكفالات الشخصية والكفالات المصرفية[3]، فالكفالة الشخصية هي موضوع بحثنا، وأنها كفالة تقدم للعملاء الذين يسعون للحصول على قروض في البنوك.

وأما الكفالة المصرفية، فهي تعهد يصدر من البنك بناء على طلب عميله بدفع مبلغ نقدي معين، أو قابل للتعيين إلى المستفيد بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك[4]. فالكفالات

---

(1) انظر:

Sudin Haron, (1997), **Islamic Banking; Rules and Regulations**, Petaling Jaya, Pelanduk Publication: Petaling Jaya, 7

ومحمد عثمان شبير، **المعاملات المالية المعاصرة**، ط6 [دار النفائس: عمان، 1427هـ/2007م] ص262.

(2) Bank Islam Brunei Darussalam, **Corporate Profile**, 4.

(3) اظر:

Suhaimi Ab Rahman, **The Classical Islamic Law of Guarantee and Its Application In Modern Islamic Banking And Legal Practice**, 200.

(4) إبراهيم بكر، (1982م)، **الكفالات الشخصية والكفالات المصرفية**، (دط)، البنك المركزي الأردني، معهد الدراسات المصرفية، ص13.

المصرفية تشمل خطاب الضمان، وكذلك كفالة الشحن، ويشمل خطاب الضمان[1] كفالة المناقصة، وكفالة التنفيذ، وكفالة بالتسديد، وكفالة بالدفعة المقدمة، وكفالة توريد، وكفالة عقد إضافي، وكفالة الجمركية، إن كافة هذه التسهيلات أو الخدمات تتم وفق مفهوم الكفالة حسب الكفالة الإسلامية[2]. وهذه الكفالات يمارسها بنك بروناي دار السلام الإسلامي[3] .

(1) من الجدير بالذكر هنا، أن خطاب الضمان في بنك بروناي دار السلام الإسلامي يقوم على أساس وكالة لسيت كفالة، بأن الطرف الثالث يقبل خطاب الضمان من البنك باعتبار وكيلا لا كفيلا.

(2) انظر:

Suhaimi Ab Rahman, **The Classical Islamic Law of Guarantee and Its Application In Modern Islamic Banking And Legal Practice**, 200.

(3) شبكة الإنترنت:

http://www.bibd.com.bn/corporate/financing/sme-financing/enterprise-facilitation-schem

المبحث الثالث

أهمية الكفالة في صفقات القروض

تقوم البنوك التجارية كوسيط مالي بحشد أموال ممن لديهم فائض مالي وتقدمها لمن هم بحاجة إليها كقروض، وهذه المؤسسات تتلقى هذه الأموال كودائع عملائها أو من مساهمين، وتقديمها للعملاء كقروض وسلف للأشخاص ولرجال الأعمال الذين هم بحاجة إليها، وهذه الأمور الآن شائعة وهامة بالنسبة للأعمال المصرفية[1]. وهكذا فإن التسهيلات أو الخدمات في تقديم القروض هي نوع من الأولويات لأعمال البنوك ولرجال الأعمال ولأنها تحقق أرباحاً لها[2].

تنطوي الأعمال البنكية، أو المصرفية على مخاطر كبيرة كما يظهر من المعاملات المالية المتعلقة بالتسهيلات الائتمانية المقدمة للعملاء، حيث إن البنك (المصرف) يواجه احتمال خسارة إذا لم يُسدد عملاؤه ديونهم إلى البنك، وعليه فإن على البنك أن يطلب ائتماناً لتجنب تلك المخاطر، وهذا لا يحمي البنك فقط بل يُعزز قدرة البنك على استرجاع الديون وذلك من خلال الكفالة، وهي في نفس الوقت قليلة التكاليف وشائعة الاستعمال.

والكفالة هي إحدى عقود التأمينات الشخصية[3]، وتكون كتأمين واحتياط للبنوك ضد الخسارة في حالة تأخر المقترض عن دفع الدين الضمان أو التأمين، فهي هامة لتغطية مخاطر تنتج عن الخسارة، وعليه فإن أولوية البنوك التجارية والإسلامية ليس

---

(1) انظر:

Suhaimi Ab Rahman, **The Classical Islamic Law of Guarantee and Its Application In Modern Islamic Banking And Legal Practice**, 185

(2)انظر:

Clifton H, JR, and Olin S.Pugh, **Money, Banking and Monetary Policy**, 63

(3) الزحيلي، **العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإمارات والقانون المدني الأردني،** ص309.

تحقيق الربح فقط ولكن تحقيق رفاهية للآخرين[1]. كما أن معظم أموال البنوك تـــأتي مـــن الإيداعات[2]، وعلى البنك المحافظة على أموال المودعين، وعلى البنوك أن توفر الحماية خشية ضياع أموال الديون التي تقترضها للعملاء، والكفالة تساعد البنك في استرداد معظم الديون[3].

والبنوك الإسلامية تقدم الضمان لأموال المودعين من خلال عاملين، الأول: مـــن الناحية الاقتصادية لأن الضمان أو الحماية للأموال تعتبر كتأمين للدين المعطي للعمـــلاء، وثانياً من الناحية القانونية: فالضمان والحماية تعتبر كحق إضافي للـــدائن الـــذي يعطـــى للعميل، وعليه فالضمان، أو الحماية لا تحمي البنوك فقط من الخسارة، ولكن تعطيها حـــق التحصيل، أو استرداد الدفعات المستحقة لها[4].

---

(1)انظر:

Suhaimi Ab Rahman, **The Classical Islamic Law of Guarantee and Its Application In Modern Islamic Banking And Legal Practice**, 189.

(2) انظر:

Clifton H, JR, and Olin S.Pugh, **Money, Banking and Monetary Policy**, 61

(3) انظر:

Suhaimi Ab Rahman, **The Classical Islamic Law of Guarantee and Its Application In Modern Islamic Banking And Legal Practice**, 189.

(4) المرجع السابق، ص192.

المبحث الرابع
تطبيقات حقوق الكفيل وواجباته
في بنك بروناي دار السلام الإسلامي عموما

المطلب الأول: حقوق الكفيل

جاء في الفقه الإسلامي بأن الكفيل له حقوق تجاه الدائن (البنك- حسب هذه الدراسة)، وهو:

1) حق مطالبة الدائن بأخذ حقه من تركة الأصيل إذا توفي، أو ببيع مال الأصيل عندما يفلس الأصيل.

وأما ما جاء في القانون المدني البروناوي فإن الكفيل له حقوق على الدائن وهي:

1) حق الحلول.
2) حق الانتفاع أو الاستفادة من الأوراق المالية (securities) العائدة للدائن تجاه المدين.

للكفيل حقوق تجاه الدائن المكفول له، ولا تقوم حقوق الكفالة على العقد، أي غير مكتوبا في العقد، ولكنها تنشأ بموجب القانون والعدالة (equity) ومن كونها نوع من الضمان، ومن المسؤولية المترتبة على الكفيل، وعليه فإنها لا تعتمد عموماً على الشروط المبرمة بين أطراف العقد، رغم أن الكفيل قد يتنازل عن أية حقوق تعود إليه في حالة عدم وجود نص صريح، أو إشارة إلى ذلك في الشروط المتعلقة باتفاقية الكفالة، أو الضمان، حيث إن الحقوق والالتزامات تعتبر جزءاً من كل علاقة من هذا النوع[1].

وفي الواقع، إن حقوق الكفيل غير مكتوبة في عقد الكفالة الشخصية الدائمة، والمفروض أن حقوق الكفيل مكتوبة في العقد لمصلح الكفيل.

---

(1) انظر: McGuinness, **The Law of Guarantee**, 195

ويبين عقد الكفالة الشخصية الدائمة أن الكفيل يتعهد بأن تكون أية أموال تصل إليه تتعلق بالكفالة والضمان هي أمانة، ويتعهد بدفعها للبنك عند الطلب، كما نصت المادة رقم (21) في العقد:

« أقر أنني/نحن لم نأخذ أو نستلم أو آخذ أو استلم أو أتلقى أو أقبض فوائد (أي أوراق مالية) أو أي حق أو منفعة أخرى سواء كان ذلك عن طريق مقاصة أو ادعاء مقابل (مطالبة مقابلة) أو إحلال (يحل فيه شخص محا آخر) أو تعويض أو تصفية أو خلافه سواء كان ذلك عن طريق المساهمة أو خلافه في كافة الحقوق من عميل أو ضد عميل، و/أو من أي شخص آخر يتعلق بالتزام أو مدفوعات مني أو من قبلنا بموجبه أو بخلاف ذلك ذو صلة بهذه الكفالة أو الضمان، وإذا أخذ مثل تلك الحقوق أو ممارستها أو تقاضيها مني/منا، فإني أقر أن مثل تلك الحقوق، وأن كافة تلك الأموال (النقود) وفي أي وقت جرى تقاضيها أو تقررت بخصوص تلك الحقوق سوف تكون عهدة (أمانة) لدي/لدينا في حالة طلبكم أو طلب تسديد ما علي من التزامات لكم بموجب هذه الكفالة مع كافة الحقوق الأخرى والأموال (النقود) من حين (وقت) لآخر على سبيل العهدة أو الأمانة بموجبه مع نقلها أو تحويلها وفق ما هو مقتضى وأن تُدفع لكم عاجلا عقب طلبكم وإياها»[1].

---

(1) المادة رقم (21) باللغة الإنجليزية:

I/We have not taken or received, and agree not to take, exercise or receive the benefit of any security or other right or benefit (whether by set-off, counterclaim, subrogation, indemnity, proof in liquidation or otherwise and whether from contribution or otherwise, all together "Rights") from or against the Costumer and/or any other person in respect of any liability of or payment by me/us hereunder or otherwise in connection with this Guarantee. If any of such Rights is taken, exercised or received by me/us, I/We declare that such Rights and all monies at any time received or held in respect of such Rights shall be held by me/us on trust for your application in or towards the discharge of my/our liabilities to you under this Guarantee and all other Rights and monies from time to time held on trust by me/us for you hereunder shall be transferred assigned or, as the case may be, paid to you, promptly following a demand from you.

المطلب الثاني: واجبات الكفيل

وردت في المادة المتعلقة بعقد الكفالة الشخصية الدائمة (Personal Continuing Guarantee) الرقم (1) بأن الكفيل سيدفع كلا أو جزءا من دين المدين عند طلب البنك في حالة تأخر المدين الأصيل عن السداد حيث نصت على ما يلي:

« أن أدفع لكم عند الطلب كل أو جزء من المبلغ المذكور، وكافة المبالغ المستحقة الآن أو لاحقاً من العميل أو من الكفيل، سواء كان ذلك تكوين أساسي، أو بالكفالة مع أي شخص آخر أو مؤسسة، بما في ذلك العمولة المستحقة، أو الرسوم ونفقات أخرى، أو عمولات لكم كمصرف مالي، أو تكاليف تتعلق بالضمان، أو لتسديد المبلغ، أو جزء منه خاضع للكفالة درءاً للتأخير في تسديد المبلغ من قبل العميل، وما يلحق بذلك أو جزء منه » [1].

ويظهر لي من هذا النص، أن للبنك حق مطالبة الكفيل في حالة تأخر المدين الأصيل عن سداد دينه، وهذا تبعا للقانون المدني البروناوي.

وأما من ناحية التطبيقات والممارسات في البنك فإنها تختلف كما قالت المديرة الأولى من قسم التحصيل والانتعاش **(collection and recovery department)** في بنك بروناي دار السلام الإسلامي حيث ذكرت:-

---

(1) النص باللغة الإنجليزية:

To pay and satisfy to you on demand all every and any part of the said sum and all such other sums of money which are now or which hereafter may from time to time become due and owing and unpaid to you from or by the customer on any current or other account or in any manner whatsoever whether as a principal or surety and whether alone or jointly with any other person or corporation and in whether name or style including any commission, fees and other charges and expenses which you may in the course of your business as bankers charge the Customer and all costs charges and expenses which you may incur in enforcing or seeking to enforce any security for or obtaining or seeking to obtain payment of all or any part of the moneys hereby guaranteed and to make good any default by the Customer of his estate in payment of the said sum and all such other sums of money or any part thereof.

« ... من الناحية القانونية فإن البنك له الحق أن يطالب الكفيل عند حالة تأخر المدين الأصيل بسداد دينه، ولكن البنك لا يفعل ذلك، لأن المبدأ في حل هذه المسألة هو لا يطالب البنك الكفيل، لإنه ليس المدين الرئيسي، والثاني مبدأ التسامح والمساعدة، حيث نحاول أن نقوم بالمقابلة مع المدين الرئيسي ونستشار معه لحل مسألة السداد، وبعض الأحيان نقوم بإجراء عدد من المقابلات مع المدين الأصيل حتى نصل إلى حل لهذه المسألة، ولا يطالب الكفيل إلا بعد تعذر الاستيفاء من المدين، ويمكننا أن نقول إن الكفيل هو الطريقة الأخيرة بالنسبة لنا لحل مسألة سداد الدين...» [(1)].

ويظهر لي أن المبدأ لدى البنك يعتمد على قدرة المدين الأصيل علي تسديد ما عليه من دين، وذلك عندما يكون المدين موجوداً، وثبتت قدرته على تسديد الدين، ولعل السؤال التالي يطرأ في هذه الحالة وهو: لماذا يكون الكفيل ملتزما، ولماذا يتحمل الكفيل عبء الدين حيث أنه لا يحصل على منفعة في هذه الحالة؟ وفي الواقع فإن البنك الدائن كان عليه المطالبة بالدين من المدين نفسه وهذا هو الموضوع الرئيسي للكفالة، وإن الهدف الأساسي للكفالة هو توفير مصدر ثانوي واحتياطي لتسديد الدين، فإذا كان المدين الأصيل موجوداً وقادراً على تسديد الدين، فإن الكفيل لن يُطالب في هذه الحالة.

(1) قد قامت الباحثة بمقابلة المديرة الأولى، وهي دايغكو الحاجة نورماليزا، في الشهر أيلول 2011.

الخاتمة

لقد توصلت هذه الدراسة إلى جملة من النتائج، فيما يلي أبرزها:

1) من خلال ما سبق، نجد أن هناك أوجه شبه واختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون المدني البروناوي في حقوق الكفيل، فيما يلي بيان ذلك: -

أولا: أوجه الشبه

- اتفق القانون المدني البروناوي مع الفقه الإسلامي في حق الرجوع للكفيل على المدين، ولكن القانون زاد في هذه المسألة حق التعويض للكفيل فيما لحق به من أضرار وخسارة نتيجة الكفالة.
- بالنسبة لحق الرجوع في الفقه الإسلامي يشبه إلى حد كبير بحق الحلول الذي ينص عليه القانون، وإن كان هناك اختلاف في التعبير وبعض التفصيلات.

ثانيا: أوجه اختلاف

- حق مطالبة الدائن في الرجوع على تركة المدين هذا الحق لم ينص عليه القانون بينما هو موجود في الفقه الإسلامي، وحبذا لو يأخذ القانون بهذا الحق وينص عليه في مواده.
- حق التخليص هو حق موجود في الفقه الإسلامي ولم ينص عليه في القانون، وهو حق مهم للكفيل، وكان يجب على القانون أن ينص عليه زيادة في حماية الكفيل.

2) من خلال عرض رأي الفقه الإسلامي ورأي القانون المدني البروناوي في مسألة التزام الكفيل بأداء الدين، نجد أن القانون وافق رأي المالكية في هذه المسألة، وهو جواز مطالبة الدائن الكفيل إلا في حالة تأخر المدين عن السداد، فهنا يحق للدائن أن يطلب الكفيل، وهذا ما نص عليه القانون.

3) ونلاحظ في مسألة التزام الكفيل ذو طبيعة تبعية، اتفاق رأي القانون مع رأي الفقه الإسلامي في أن مسؤولية والتزام الكفيل تابع لمسؤولية والتزام الأصيل.

4) ومن خلال المقارنة بين الفقه والقانون في التزام الكفيل متوازن مع التزام الأصيل وتابع له، نجد أن القانون قد اتفق مع الفقه الإسلامي في هذه المسألة.

5) إن طرق انتهاء واجبات الكفيل في الفقه الإسلامي أكثر منها في القانون، فقد نص في الفقه الإسلامي على عدة طرق، منها الأداء ويشمل الهبة والإبراء وغيرها، بينما نص في القانون على الأداء والإخلاء، وهناك حالات لانتهاء واجبات الكفيل كالمقاصة، واتحاد الذمة نص عليها في الفقه الإسلامي، ولم يذكرها القانون، وكان الأجدر بالقانون أن يذكرها.

6) تبين في تطبيقات حقوق الكفيل وواجباته في بنك بروناي دار السلام الإسلامي أن حقوق الكفيل غير منصوص عليها عقد الكفالة، بينما تذكر واجبات الكفيل بشكل واضح.

قائمة المصادر والمراجع

المراجع باللغة العربية:

1. إبراهيم بكر، (1982م)، **الكفالات الشخصية والكفالات المصرفية**، (دط)، البنك المركزي الأردني، معهد الدراسات المصرفية.
2. إبراهيم أنيس ورفاقه، (دت)، **المعجم الوسيط**، ط2، (دم)، المكتبة الإسلامية.
3. البارودي، علي، (دت)، **العقود وعمليات البنوك التجاري**، (دط)، الإسكندرية، مكتبة المعارف.
4. البخاري، محمد بن إسماعيل، (256هـ/870م)، **صحيح البخاري**، ط1، عمان، جمعية عمال المطابع التعاونية، 2003م.
5. البغا، مصطفي، ومصطفى الخن، وعلي الشربخي، (1429ه/2008م)، **الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي**، ط1، دمشق، دار المصطفى.
6. البهوتي، منصور بن يونس، (1051هـ/1641م)، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1418ه/1997م.
7. الترمذي، عيسى بن سورة، (279هـ/892م)، **سنن الترمذي**، ط1، الرياض، دار الطويق، 1431ه/2010م.
8. ابن جزي، محمد بن محمد، (741هـ/1340م)، **القوانين الفقهية**، ط1، بيروت، المكتبة العصرية، 1420ه/2000م.
9. جماعة من كبار اللغويين العرب، (دت)، **المعجم العربي الأساسي**، (دط)، (دم)، لاروس.
10. الجمال، غريب، (1972م)، **المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون**، (دط)، القاهرة، دار الاتحاد.
11. الحجاوي، موسى بن أحمد، (968هـ/1560م)، **الإقناع لطالب الانتفاع في فقه الإمام المجبل أبي عبد الله أحمد بن حنبل**، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2004م/1425ه.
12. الحطاب، محمد بن محمد، (954هـ/1547م)، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1995م/1416ه.

13. الدردير، أحمد بن محمد، (1201هـ/1786م)، **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**، (دط)، مصر، دار المعارف، 1393ه.
14. ______________، **الشرح الكبير**، (دط)، (دم)، إحياء الكتب العربية، (دت).
15. الدسوقي، محمد بن أحمد، (1230هـ/1815م)، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1996م/1417ه.
16. ابن رشد الجد، أحمد بن محمد، (520هـ/1126م)، **المقدمات الممهدات**، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1423ه/2002م.
17. ابن رشد الحفيد، محمد بن أحمد، (595هـ/1198م)، **بداية المجتهد ونهاية المقاصد**، (دط)، القاهرة، دار الحديث، 1425ه/2004م.
18. الرافعي، عبد الكريم بن محمد، (623هـ/1226م)، **العزيز شرح الوجيز**، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1418ه/1998م.
19. الرملي، محمد بن أحمد، (1004هـ/1596م)، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، ط1، بيروت، دار إحياء التراث العربي، 1426ه/1005م.
20. الزحيلي، هبة، (1427ه/2006م)، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ط9، دمشق، دار الفكر.
21. __________، (1428ه/2008م)، **العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني**، ط6، بيروت، دار الفكر.
22. السالوس، علي، (1406ه/1986م)، **الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة**، ط1، الكويت، مكتبة الفلاح.
23. السرخسي، أحمد بن أبي سهل،(483هـ/1090م)، **المبسوط**، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1421ه/2001م.
24. الشربيني، محمد بن محمد، (977هـ/1570م)، **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع**، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1414ه/1994م.
25. __________________، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، ط1، بيروت، دار الفكر، بيروت، 1425ه/2005م.
26. الطبري، محمد بن جرير، (310هـ/923م)، **تفسير الطبري المسي جامع البيان في تأويل القرآن**، ط3، بيروت: دار الكتب العلمية، 1420ه/1999م.
27. ابن عابدين، محمد أمين، (1252هـ/1836م)، **حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار**، (دط)، بيروت، دار الفكر، 2005م/1426ه.

28. عز الدين بن زعيبة، (2010م)، **مقاصد الشريعة الخاصة بالتصرفات المالية**، ط1، عمان، دار النفائس.
29. علي الخفيف، (2000م)، **الضمان في الفقه الإسلامي**، (دط)، القاهرة، دار الفكر.
30. ابن فارس، **أحمد بن فارس**، (395هـ/1004م)، **معجم مقاييس اللغة**، ط1، بيروت، دار الجيل، 1991م.
31. الفاروقي، حارث سليمان، (2009م)، **المعجم القانوني**، ط5، بيروت، مكتبة لبنان.
32. الفتوحي، محمد بن أحمد،(972هـ/1564م)، **منتهى الإرادات في جميع المقنع مع التنقيح وزيادات**، ط1، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1419ه/1999م.
33. الفيروزابادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، (817هـ/1415م)، **القاموس المحيط**، (دط)، بيروت، دار الفكر، 1983م.
34. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، (620هـ/1223م)، **المغني على مختصر الخرقي**، ط1 بيروت، دار الكتب العلمية، 1429ه/2008م.
35. ____________، **الكافي في فقه الإمام المجبل أحمد بن حنبل**، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1994م.
36. القرطبي، محمد بن أحمد، (671هـ/1273م)، **الجامع لأحكام القرآن**، ط1، بيروت، مؤسسة الرسالة، 1426ه/2006م.
37. القليوبي وعميرة، أحمد بن أحمد، (1069هـ/1659م)، وأحمد البرلسي، (957هـ/1550م)، **حاشيتا على كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين**، (دط)، بيروت، دار الكتب العلمية، 1423ه/2003م.
38. الكاساني، أبو بكر بن مسعود، (587هـ/1191م)، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1418ه/1998م.
39. عبد الكريم زيدان، (1426ه/2006م)، **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية**، ط1، بيروت، مؤسسة الرسالة.
40. المرداوي، علي بن سليمان، (885هـ/1480م)، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 1998م/1418ه.
41. ابن ماجه، محمد بن يزيد، (273هـ/887م)، **سنن ابن ماجه**، ط1، الرياض، دار الطويق، 1431ه/2010م.
42. محمد بن عبد الله راشد، (736هـ)، **كتاب لباب اللباب**، ط1، (دم)، (دن)، 1424ه/2003م.

43. محمد حسن أبو يحيى، (1410ه/1990م)، **الاستدانة في الفقه الإسلامي**، ط1، عمان، مكتبة الرسالة الجديدة.

44. محمد حمد عبد الحميد، (1997م)، **الآثار المترتبة على الكفالة دراسة مقارنة**، رسالة الماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.

45. محمد عثمان شبير، (1427ه/2007م)، **المعاملات المالية المعاصرة**، ط6، عمان، دار النفائس.

46. محمد فوزي محمود عوجان، (2007م)، **عقد الكفالة العينية**، أطروحة دكتوراه غير منشورة، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر.

47. محمود أحمد مروح مصطفى، (1423ه/2003م)، **الكفالة: أنواعها وطرق الإبراء منها**، ط1، عمان، دار النفائس.

48. مسلم بن الحجاج، (261هـ/875م)، **صحيح مسلم**، ط1، الرياض، دار الطويق، 1431ه/2010م.

49. ابن منظور، محمد بن مكرم، (711هـ/1311م)، **لسان العرب**، ط2، بيروت، دار إحياء التراث العربي ومؤسسة التاريخ العربية، 1993م.

50. الموصلي، عبد الله بن محمود، (683هـ/1284م)، **الاختيار لتعليل المختار**، (دط)، بيروت، دار المكتبة العلمية، (دت).

51. نزيه حماد، (1429هـ/2008م)، **معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء**، ط1، دمشق، دار القلم.

52. النووي، يحيى بن شرف، (676هـ/1277م)، **روضة الطالبين**، (دط)، بيروت، دار الكتب العلمية، 1423ه/2003م.

53. وفاء محمد عزت الشريف، (1430ه/2010م)، **نظام الديون**، ط1، عمان، دار النفائس.

54. ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، (861هـ/1457م)، **شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي**، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، 2003م/1424ه.

55. **الموسوعة الفقهية**، (1412ه/1992م)، ط3، الكويت، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.

المراجع باللغات الأجنبية:

56. Agasha Mugasha, (2003), **The Law of Letter of Credit and Bank Guarantees**, Federation Press, Sydney.
57. Alastair Hudson, **Equity and Trusts**, (6th ed.) Routledge-Cavendish, New York.
58. Awang Haji Mohd. Jamil Al-Sufri, (1990), **Tarsilah Brunei: Sejarah Awal dan Perkembangan Islam**, (cetakan pertama), Jabatan Pusat Sejarah, Kementerian Kebudayaan Belia dan Sukan, Brunei Darussalam.
59. Hjh Saadiah DDW Hj Tamit, (2006), **Pentadbiran Undang- Undang Islam di Negara Brunei Darussalam Pada Zaman British**, Kertaskerja Seminar Sejarah Brunei Sempena Sambutan Hari Kebangsaan Negara Brunei Darussalam.
60. Hjh Masnon Hj Ibrahim, (2010), **Kanun Sultan Hasan Asas Pembinaan Bangsa Brunei**, Majlis Ilmu, Brunei Darussalam.
61. Kreps, Clifton H, JR, and Olin S.Pugh, (1967) **Money, Banking and Monetary Policy**, (2nd ed.), The Ronald Press Company, New York.
62. P.L Amin Sweeney, **Silsilah Raja-Raja Berunai**, JMBRAS.
63. Mohd Zain bin Hj Serudin, **Brunei Sebuah Negara Islam: Latar Belakang Keislamannya**, Akedemi Pengajian Brunei, Brunei Darussalam.
64. McGuinness, Kevin Patrick, (1986), **The Law of Guarantee**, Carswell, Toronto.
65. Siti Zaliha Abu Salim, (1992) **Sistem Kehakiman dan Perbandingannya dengan Sistem Kehakiman Islam**, Tesis Ijazah Sarjana Pengajian Islam, Universiti Kebangsaan Malaysia.
66. Sudin Haron, (1997) **Islamic Banking; Rules and Regulations**, Pelanduk Publication, Petaling Jaya.
67. Suhaimi Ab Rahman, (2005), **The Classical Islamic Law of Guarantee and Its Application In Modern Islamic Banking and Legal Practice**, Doctor of Philosophy Thesis, Department of Law, University of Aberystwyth.
68. Yura Halim dan Jamil Umar, (1958), **Sejarah Brunei**.
69. **Perlembagaan Negara Brunei Darussalam 1959**, (2004), Percetakan Kerajaan, Brunei Darussalam.
70. Johan Steyn, (1974), **Guarantees: The Co-Extensiveness Principle**. The Law Quarterly Review, vol. 90.
71. R. Else Mitchell, (1947), **Is A Surety's Liability Co-Extensive With That Of The Principal Debtor?** The Law Quarterly Review, vol. 63.
72. New South Wales Law Reform Commission, (2006), **Guaranteeing someone else's debts**, Report 107.

مراجع شبكة الإنترنت:

http://**www.bibd.com.bn/corporate/financing/sme-financing/enterprise-facilitation-schem**

http://**www.citeman.com/5420-rights-of-surety.html**

http://**www.cearta.ie/2009/10/subrogation-and-unjust-enrichment-in-the-high-court-of-australia**

http://**www.beckhamlaw.com/Articles/Chapter-42-Subrogation.shtml**

http://**subrogation.uslegal.com/subrogation-in-sureties-and-guarantees/**

http://**www.aseanlawassociation.org/legal-brunei.html**

http://**www.bibd.com.bn**

www.LEGALMEDIAGROUP.com

http://**www.islamicfi.com/arabic/foundation/Productions.asp**

http://**www.keatingchambers.co.uk/resources/publications/2005/ct_ip_bonds_guarantees.aspx**

ملحق رقم (1)

المواد القانونية

(التعويض والضمانات)

LAWS OF BRUNEI

CHAPTER 106
CONTRACTS

3 of 1939
(Cap. 3 of 1951)
S 1957, p. 149

LAWS OF BRUNEI

CHAPTER 106

CONTRACTS

ARRANGEMENT OF SECTIONS

Chapter II

Of contracts, voidable contracts and void agreements

27. Agreement in restraint of marriage void.

28. Agreement in restraint of trade void.

Exception 1. — Saving of agreement not to carry on business of which goodwill is sold.

Exception 2. — of agreement between partners prior to dissolution.

Exception 3. — or during continuance of partnership.

29. Agreements in restraint of legal proceedings void.

Exception 1. — Saving of contract to refer to arbitration dispute that may arise.

Exception 2 — Saving of contract to refer questions that have already arisen.

30. Agreements void for uncertainty.

31. (1) Agreements by way of wager void.

(2) Exception in favour of certain prizes for horse racing.

Chapter III

Of Contingent contracts

32. "Contingent contract" defined.

33. Enforcement of contracts contingent on an event happening.

34. Enforcement of contracts contingent on an event not happening.

35. When event on which contract is contingent to be deemed impossible, if it is the future conduct of a living person.

36. (1) When contracts become void which are contingent on happening of specified event within fixed time.

(2) When contracts may be enforced which are contingent on specified event not happening within fixed time.

37. Agreement contingent on impossible events void

Chapter IV

Of the performance of contracts Contracts which must be Performed

38. Obligation of parties to contracts.

39. Effect of refusal to accept offer of performance.

40. Effect of refusal of party to perform promise wholly.

By whom Contracts must be Performed

41. Person by whom promise is to be performed

42. Effect of accepting performance from third person.

43. Devolution of joint liabilities.

44. (1) Anyone of joint promisors may be compelled to perform.

(2) Each promisor may compel contribution.

(3) Sharing of loss by default in contribution.

45. Effect of release of one joint promisor.

46. Devolution of joint rights.

Time and Place for Performance

47. Time for performance of promise where no application is to be made and no time is specified.

48. Time and place for performance of promise where time is specified and no application to be made.

49. Application for performance on certain day to be at proper time and place.

50. Place for performance of promise where no application to be made and no place fixed.

51. Performance in manner or at time prescribed or sanctioned by promisee.

Performance of Reciprocal Promisee

52. Promisor not bound to perform unless reciprocal promisee ready and willing to perform.

53. Order of performance of reciprocal promises.

54. Liability of party preventing event on which contract is to take effect.

55. Effect of default as to that promise which should be first performed, in contract consisting of reciprocal promises.

56. (1) Effect of failure to perform at fixed time, in contract in which time is essential.

(2) Effect of such failure when time not essential.

(3) Effect of acceptance of performance at time other than that agreed upon.

57. (1) Agreement to do impossible act.

(2) Contract to do act afterwards becoming impossible or unlawful.

(3) Compensation for loss through non-performance of act known to be impossible or unlawful.

58. Reciprocal promise to do things legal, and also other things illegal.

59. Alternative promise, one branch being illegal.

Appropriation of Payments

60. Application of payment where debt to be discharged is indicated.

61. Application of payment where debt to be discharged is not indicated.

62. Application of payment where neither party appropriates.

Contracts which Need not be Performed

63. Effect of novation, rescission and alteration of contract.

64. Promisee may dispense with or remit performance of promise.

65. Consequences of rescission of voidable contract.

66. Obligation of person who has received advantage under void agreement, or contract that becomes void.

67. Mode of communicating or revoking rescission of voidable contract.

68. Effect of neglect of promise to afford promisor reasonable facilities for performance.

Chapter V

Of certain relations resembling those created by contract

69. Claim for accessaries supplied to person incapable of contracting, or on his account.

70. Reimbursement of person paying money due by another, in payment of which he is interested.

71. Obligation of person enjoying benefit of non-gratuitous act.

72. Responsibility of finder of goods.

Chapter VI

Of the consequences of breach of contract

Chapter VII

Of indemnity and guarantee

Chapter VIII

Of Bailment

155. Termination of agency, where agent has an interest in subject-matter.

156. When principal may revoke agent's authority.

157. Revocation where authority has been partly exercised.

158. Compensation for revocation by principal or renunciation by agent.

159. Notice of revocation or renunciation.

160. Revocation and renunciation may be expressed or implied.

161. When termination of agent's authority takes effect as to agent, and as to third persons.

162. Agent's duty on termination of agency by principal's death or insanity.

163. Termination of sub-agent's authority.

Agent's duty to Principal

164. Agent's duty in conducting principal's business.

165. Skill and diligence required from agent.

166. Agent's accounts.

167. Agent's duty to communicate with principal.

168. Right of principal when agent deals, on his own account, in business of agency without principal's consent.

169. Principal's right to benefit gained by agent dealing on his own account in business of agency.

170. Agent's right of retainer out of sums received on principal's account.

171. Agent's duty to pay sums received for principal.

172. When agent's remuneration becomes due.

188. Liability of pretended agent.

189. Person falsely contracting as agent not entitled to performance.

190. Liability of principal inducing belief that agent's unauthorised acts were authorised.

191. Effect, on agreement, of misrepresentation or fraud by agent.

Chapter X

Of Partnership

192. "Partnership" defined.
"Firm" defined.

193. Lender not a partner by advancing money for share of profits.

194. Property left in business by retiring partner, or deceased partner's representative.

195. Servant or agent remunerated by share of profits not a partner.

196. Widow or child of deceased partner receiving annuity out of profits not a partner.

197. Person receiving portion of profits for sale of goodwill not a partner.

198. Responsibility of person leading another to believe him a partner.

199. Liability of person permitting himself to be represented as a partner.

200. Minor partner not personally liable, but his share is.

201. Liability of minor partner on attaining majority.

202. Partner's liability for debts of partnership.

Chapter VII

Of indemnity and guarantee

"Contract of indemnity" defined.

77. A contract by which one party promises to save the other from loss caused to him by the conduct of the promisor himself, or by the conduct of any other person, is called a "contract of *indemnity*".

Illustration

A. contracts to indemnify *B.* against the consequences of any proceedings which *C.* may take against *B.*, in respect of a certain sum of $200. This is a contract of indemnity.

Rights of indemnity holder when sued.

78. The promisee in the contract of indemnity, acting within the scope of his authority, is entitled to recover from the promisor —

(a) all damages which he may be compelled to pay in any suit in respect of any matter to which the promise to indemnify applies;

(b) all costs which he may be compelled to pay in any such suit if, in bringing or defending it, he did not contravene the orders of the promisor, and acted as it would have been prudent for him to act in the absence of any contract of indemnity, or if the promisor authorised him to bring or defend the suit;

(c) all sums which he may have been paid under the terms of any compromise of any such suit, if the compromise was not contrary to the orders of the promisor, and was one which it would have been prudent for the promisee to make in the absence of any contract of indemnity, or if the promisor authorised him to compromise the suit.

"Contract of guarantee", "surety", "principal debtor", and "creditor".

79. A "contract of guarantee" is a contract to perform the promise, or discharge the liability, of a third person in case of his default. The person who gives the guarantee is called the "surety"; the person in respect of whose default the guarantee is given is called the "principal debtor", and the person to whom

the guarantee is given is called the "creditor". A guarantee may be either oral or written.

80. Anything done, or any promise made, for the benefit of the principal debtor may be a sufficient consideration to the surety for giving the guarantee.

Consideration for guarantee.

Illustrations

(a) *B.* requests *A.* to sell and deliver to him goods on credit. *A.* agrees to do so, provided *C.* will guarantee the payment of the price of the goods. *C.* promises to guarantee the payment in consideration of *A.*'s promise to deliver the goods. This is a sufficient consideration for *C.*'s promise.

(b) *A.* sells and delivers goods to *B.* *C.* afterwards requests *A.* to forbear to sue *B.* for the debt for a year, and promises that, if he does so, *C.* will pay for them in default of payment by *B.* *A.* agrees to forbear as requested. This is a sufficient consideration for *C.*'s promise.

(c) *A.* sells and delivers goods to *B.* *C.* afterwards, without consideration, agrees to pay for them in default of *B.* The agreement is void.

81. The liability of the surety is co-extensive with that of the principal debtor, unless it is otherwise provided by the contract.

Surety's liability.

Illustration

A. guarantees to *B.*, the payment of a bill of exchange by *C.*, the acceptor. The bill is dishonoured by *C.* *A.* is liable, not only for the amount of the bill, but also for any interest and charges which may have become due on it.

82. A guarantee which extends to a series of transactions is called a "continuing guarantee".

"Continuing guarantee".

Illustrations

(a) *A.*, in consideration that *B.* will employ *C.* in collecting the rents of *B.*'s estate, promises *B.* to be responsible to the amount of $5,000, for the due collection and payment by *C.* of those rents. This is a continuing guarantee.

(b) *A.* guarantees payment to *B.*, a tea-dealer, to the amount of $1,000 for any tea he may from time to time supply to *C.* *B.* supplies *C.* with tea to above the value of $1,000, and *C.* pays *B.* for it. Afterwards, *B.* supplies *C.* with tea to the value of $2,000. *C.* fails to pay. The guarantee given by *A.* was a continuing guarantee, and he is accordingly liable to *B.* to the extent of $1,000.

(c) *A.* guarantees payment to *B.* of the price of 5 sacks of

Revocation of continuing guarantee.

83. A continuing guarantee may at any time be revoked by the surety, as to future transactions, by notice to the creditor.

Illustrations

(a) *A.*, in consideration of *B.*'s discounting, at *A.*'s request, bills of exchange for *C.*, guarantees to *B.*, for 12 months, the due payment of all such bills to the extent of $5,000. *B.* discounts bills for C. to the extent of $2,000. Afterwards, at the end of 3 months, *A.* revokes the guarantee. This revocation discharges *A.* from all liability to *B.* for any subsequent discount. But *A.* is liable to *B.* for the $2,000 on default of *C.*

(b) *A.* guarantees to *B.*, to the extent of $10,000, that *C.* shall pay all the bills that *B.* shall draw upon him. *B.* draws upon *C.*. *C.* accepts the bill. *A.* gives notice of revocation. *C.* dishonours the bill at maturity. *A.* is liable upon his guarantee.

Revocation of continuing guarantee by surety's death.

84. The death of the surety operates, in the absence of any contract to the contrary, as a revocation of a continuing guarantee, so far as regards future transactions.

Liability of two persons, primarily liable, not affected by arrangement between them that one shall be surety on other's default.

85. Where two persons contract with a third person to undertake a certain liability, and also contract with each other that one of them shall be liable only on the default of the other, the third person not being a party to such contract, the liability of each of such two persons to the third person under the first contract is not affected by the existence of the second contract, although such third person may have been aware of its existence.

Illustration

A. and *B.* make a joint and several promissory note to *C.* *A.* makes it, in fact, as surety for *B.*, and *C.* knows this at the time when the note is made. The fact that A., to the knowledge of *C.*, made the note as surety for *B.*, is no answer to a suit by *C.* against *A.* upon the note.

Discharge of surety by variance in terms of contract.

86. Any variance, made without the surety's consent, in the terms of the contract between the principal debtor and the creditor, discharges the surety as to transactions subsequent to the variance.

Illustrations

(*a*) *A.* becomes surety to *C.* for *B.'s* conduct as a manager in *C.'s* bank. Afterwards, *B.* and *C.* contract, without *A.'s* consent, that *B.'s* salary shall be raised, and that he shall become liable for one-fourth of the losses on overdrafts. *B.* allows a customer to overdraw, and the bank loses a sum of money. *A.* is discharged from his suretyship by the variance made without his consent, and is not liable to make good this loss.

(*b*) *A.* guarantees *C.* against the misconduct of *B.* in an office to which *B.* is appointed by *C.*, and of which the duties are defined by an Act. By a subsequent Act, the nature of the office is materially altered. Afterwards, *B.* misconducts himself. *A.* is discharged by the change from future liability under his guarantee, though the misconduct of *B.* is in respect of a duty not affected by the later Act.

(*c*) *C.* agrees to appoint *B.* as his clerk to sell goods at a yearly salary, upon *A.'s* becoming surety to *C.* for *B.'s* duly accounting for moneys received by him as such clerk. Afterwards, without *A.'s* knowledge or consent, *C.* and *B.* agree that *B.* should be paid by a commission on the goods sold by him and not by a fixed salary. *A.* is not liable for subsequent misconduct of B.

(*d*) *A.* gives to *C.* a continuing guarantee to the extent of $3,000 for any oil supplied by *C.* to *B.* on credit. Afterwards, *B.* becomes embarrassed, and, without the knowledge of *A.*, *B.* and *C.* contract that *C.* shall continue to supply *B.* with oil for ready money, and that the payments shall be applied to the then existing debts between *B.* and *C.* *A.* is not liable on his guarantee for any goods supplied after this new arrangement.

(*e*) *C.* contracts to lend *B.* $5,000 on the 1st of March. *A.* guarantees repayment. *C.* pays the $5,000 to *B.* on the 1st of January. *A.* is discharged from his liability, as the contract has been varied, in as much as *C.* might sue *B.* for the money before the 1st of March.

87. The surety is discharged by any contract between the creditor and the principal debtor, by which the principal debtor is released, or by any act or omission of the creditor, the legal consequence of which is the discharge of the principal debtor.

Discharge of surety by release or discharge of principal debtor.

Illustrations

(*a*) *A.* gives a guarantee to *C.* for goods to be supplied by *C.* to *B.* *C.* supplies goods to *B.*, and afterwards *B.* becomes embarrassed and contracts with his creditors (including *C.*) to assign to them his property in consideration of their releasing him from their demands. Here *B.* is released from his debt by the contract with C., and A. is discharged from his suretyship.

(*b*) *A.* contracts with *B.* to grow a crop of indigo on *A.'s* land and to deliver it to *B.* at a fixed rate, and *C.* guarantees *A.'s* performance of this contract. *B.* diverts a stream of water which is necessary for irrigation of *A.'s* land, and thereby prevents him from raising the indigo. *C.* is no longer liable on his guarantee.

(c) *A.* contracts with *B.* for a fixed price to build a house for *B.* within a stipulated time, *B.* supplying the necessary timber. *C.* guarantees *A.*'s performance of the contract. *B.* omits to supply the timber. *C.* is discharged from his suretyship.

Discharge of surety when creditor compounds with, gives time to, or agrees not to, or sue principal debtor

88. A contract between the creditor and the principal debtor, by which the creditor makes a composition with, or promises to give time to, or not to sue, the principal debtor, discharges the surety, unless the surety assents to such contract.

Surety not discharged when agreement made with third person to give time to principal debtor.

89. Where a contract to give time to the principal debtor is made by the creditor with a third person, and not with the principal debtor, the surety is not discharged.

Illustration

C., the holder of an overdue bill of exchange drawn by *A.* as surety for *B.*, and accepted by *B.*, contracts with *M.* to give time to *B.* *A.* is not discharged.

Creditor's forbearance to sue does not discharge surety.

90. Mere forbearance on the part of the creditor to sue the principal debtor or to enforce any other remedy against him does not, in the absence of any provision in the guarantee to the contrary, discharge the surety.

Illustration

B. owes to *C.* a debt guaranteed by *A.* The debt becomes payable. *C.* does not sue *B.* for a year after the debt has become payable. *A.* is not discharged from his suretyship.

Release of one co-surety does not discharge others.

91. Where there are co-sureties, a release by the creditor of one of them does not discharge the others; neither does it free the surety so released from his responsibility to the other sureties.

Discharge of surety by creditor's act or omission impairing surety's eventual remedy.

92. If the creditor does any act which is inconsistent with the rights of the surety, or omits to do any act which his duty to the surety requires him to do, and the eventual remedy of the surety himself *against the principal debtor* is thereby impaired, the surety is discharged.

Illustrations

(*a*) *B.* contracts to build a ship for *C.* for a given sum, to be paid by instalments as the work reaches certain stages. *A.* becomes surety to *C.* for *B.'s* due performance of the contract. *C.*, without the knowledge of *A.*, prepays to *B.* the last two instalments. *A.* is discharged by this payment.

(*b*) *C.* lends money to *B.* on the security of a joint and several promissory note made in *C.'s* favour by *B.*, and by *A.* as surety for *B.*, together with a bill of sale of *B.'s* furniture, which gives power to *C.* to sell the furniture, and apply the proceeds in discharge of the note. Subsequently, *C.* sells the furniture, but, owing to his misconduct and wilful negligence, only a small price is realised. *A.* is discharged from liability on the note.

(*c*) *A.* puts *M.* as apprentice to *B.*, and gives a guarantee to *B.* for *M.'s* fidelity. *B.* promises on his part that he will, at least once a month, see *M.* make up the cash. *B.* omits to see this done as promised, and *M.* embezzles. *A.* is not liable to *B.* on his guarantee.

Rights of surety on payment or performance.

93. Where a guaranteed debt has become due, or default of the principal debtor to perform a guaranteed duty has taken place, the surety, upon payment or performance of all that he is liable for, is invested with all the rights which the creditor has against the principal debtor.

Surety's right to benefit of creditor's securities.

94. A surety is entitled to the benefit of every security which the creditor has against the principal debtor at the time when the contract of suretyship is entered into, whether the surety knows *of the existance* of such security or not; and, if the creditor loses or, without the consent of the surety, parts with such security, the surety is discharged to the extent of the value of the security.

Illustrations

(*a*) *C.* advances to *B.*, his tenant, $2,000 on the guarantee of *A.* *C.* has also a further security for the $2,000 by a mortgage of *B.'s* furniture. *C.* cancels the mortgage. *B.* becomes insolvent, and *C.* sues *A.* on his guarantee. *A.* is discharged from liability to the amount of the value of the furniture.

(*b*) *C.*, a creditor, whose advance to *B.* is secured by a decree, receives also a guarantee for that advance from *A.* *C.* afterwards takes *B.'s*

goods in execution under the decree, and then, without the knowledge of *A.*, withdraws the execution. *A.* is discharged.

(c) *A.*, as surety for *B.*, makes a bond jointly with *B.* to *C.*, to secure a loan from *C.* to *B.* Afterwards, *C.* obtains from *B.* a further security for the same debt. Subsequently, *C.* gives up the further security. *A.* is not discharged.

Guarantee obtained by misrepresentation invalid.

95. Any guarantee which has been obtained by means of misrepresentation made by the creditor, or with his knowledge and assent, concerning a material part of the transaction, is invalid.

Guarantee obtained by concealment invalid.

96. Any guarantee which the creditor has obtained by means of keeping silence as to material circumstances is invalid.

Illustrations

(a) *A.* engages *B.* as clerk to collect money for him. *B.* fails to account for some of his receipts, and *A.* in consequence calls upon him to furnish security for his duly accounting. *C.* gives his guarantee for *B.*'s duly accounting. *A.* does not acquaint *C.* with *B.*'s previous conduct. *B.* afterwards makes default. The guarantee is invalid.

(b) *A.* guarantees to *C.* payment for iron to be supplied by him to *B.* to the amount of 2,000 tons. *B.* and *C.* have privately agreed that *B.* should pay $5 per ton beyond the market price, such excess to be applied in liquidation of an old debt. The agreement is concealed from *A.* *A.* is not liable as a surety.

Guarantee on contract that creditor shall not act on it until co-surety joins.

97. Where a person gives a guarantee upon a contract that the creditor shall not act upon it until another person has joined in it as co-surety, the guarantee is not valid if that other person does not join.

Implied promise to indemnify surety.

98. In every contract of guarantee there is an implied promise by the principal debtor to indemnify the surety; and the surety is entitled to recover from the principal debtor whatever sum he has rightfully paid under the guarantee, but no sums which he has paid wrongfully.

Illustrations

(a) *B.* is indebted to *C.*, and *A.* is surety for the debt. *C.* demands payment from *A.*, and on his refusal sues him for the amount. *A.* defends the suit, having reasonable grounds for doing so, but is compelled to pay the amount of the debt with costs. He can recover from *B.* the amount paid by him for costs, as well as the principal debt.

(*b*) *C.* lends *B.* a sum of money, and *A.*, at the request of *B.*, accepts a bill of exchange drawn by *B.* upon *A.* to secure the amount. *C.*, the holder of the bill, demands payment of it from *A.*, and, on *A.*'s refusal to pay, sues him upon the bill. *A.*, not having reasonable grounds for so doing, defends the suit, and has to pay the amount of the bill and costs. He can recover from *B.* the amount of the bill, but not the sum paid for costs, as there was no real ground for defending the action.

(*c*) *A.* guarantees to *C.*, to the extent of $2,000, payment for rice to be supplied by *C.* to *B.* *C.* supplies to *B.* rice to a less amount than $2,000, but obtains from *A.* payment of the sum of $2,000 in respect of the rice supplied. *A.* cannot recover from *B.* more than the price of the rice actually supplied.

Co-sureties liable to contribute equally.

99. Where two or more persons are co-sureties for the same debt or duty, either jointly or severally, and whether under the same or different contracts, and whether with or without the knowledge of each other, the co-sureties, in the absence of any contract to the contrary, are liable, as between themselves, to pay each an equal share of the whole debt, or of that part of it which remains unpaid by the principal debtor.

Illustrations

(*a*) *A.*, *B.* and *C.* are sureties to *D.* for the sum of $3,000 lent to *E.* *E.* makes default in payment. *A.*, *B.* and *C.* are liable, as between themselves, to pay $1,000 each.

(*b*) *A.*, *B.* and *C.* are sureties to *D.* for the sum of $1,000 lent to *E.*, and there is a contract between *A.*, *B.* and *C.* that *A.* is to be responsible to the extent of one-quarter, *B.* to the extent of one-quarter, and *C.* to the extent of one-half. *E.* makes default in payment. As between the sureties, *A.* is liable to pay $250, *B.* $250, and *C.* $500.

Liability of co-sureties bound in different sums.

100. Co-sureties who are bound in different sums are liable to pay equally as far as the limits of their respective obligations permit.

Illustrations

(*a*) *A.*, *B.* and *C.*, as sureties for *D.*, enter into three several bonds, each in a different penalty — namely, *A.* in the penalty of $10,000, *B.* in that of $20,000, *C.* in that of $40,000, conditioned for *D.*'s duly accounting to *E.* *D.* makes default to the extent of $30,000. *A.*, *B.* and *C.* are each liable to pay $10,000.

(*b*) *A.*, *B.* and *C.*, as sureties for *D.*, enter into three several bonds, each in a different penalty — namely, *A.* in the penalty of $10,000, *B.* in that of $20,000, *C.* in that of $40,000, conditioned for *D.*'s duly accounting to *E.*

D. makes default to the extent of $40,000. *A.* is liable to pay $10,000, and *B.* and *C.* $15,000.

(c) *A.*, *B.* and *C.*, as sureties for *D.*, enter into three several bonds, each in a different penalty — namely, *A.* in the penalty of $10,000, *B.*, in that of $20,000, *C.* in that of $40,000, conditioned for *D.*'s duly accounting to *E.* *D.* makes default to the extent of $70,000. *A.*, *B.* and *C.* have to pay each the full penalty of his bond.

Chapter VIII

Of bailment

"Bailment", "bailor" and "bailee" defined.

101. A "bailment" is the delivery of goods by one person to another for some purpose, upon a contract that they shall, when the purpose is accomplished, be returned or otherwise disposed of according to the directions of the person delivering them. The person delivering the goods is called the "bailor". The person to whom they are delivered is called the "bailee".

Explanation. — If a person already in possession of the goods of another contracts to hold them as a bailee, he thereby becomes the bailee, and the owner becomes the bailor, of such goods, although they may not have been delivered by way of bailment.

Delivery to bailee how made.

102. The delivery to the bailee may be made by doing anything which has the effect of putting the goods in the possession of the intended bailee or of any person authorised to hold them on his behalf.

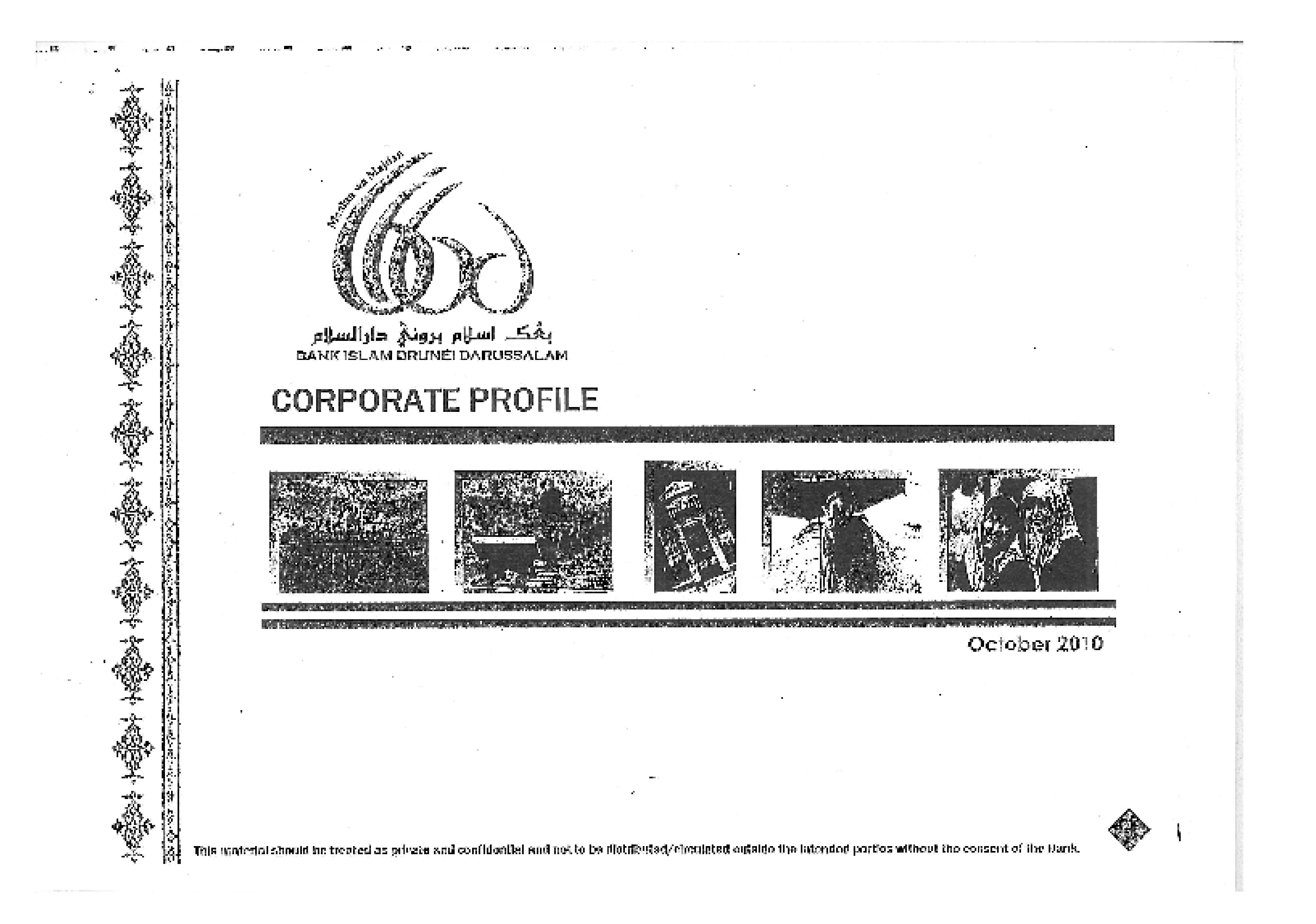
Bailor's duty to disclose faults in goods bailed.

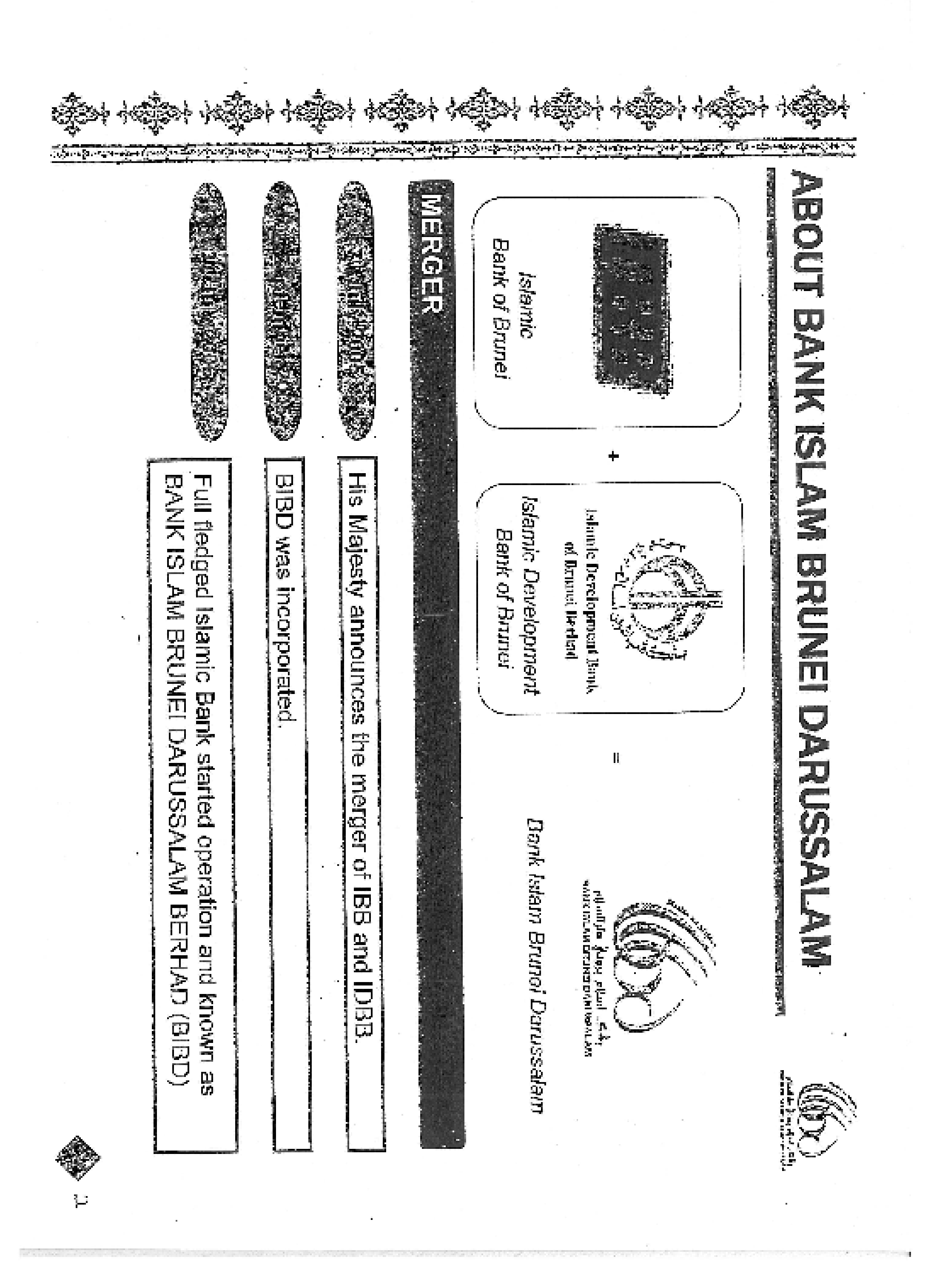
103. The bailor is bound to disclose to the bailee faults in the goods bailed, of which the bailor is aware, and which materially interfere with the use of them, or expose the bailee to extraordinary risks; and, if he does not make such disclosure, he is responsible for damage arising to the bailee directly from such faults.

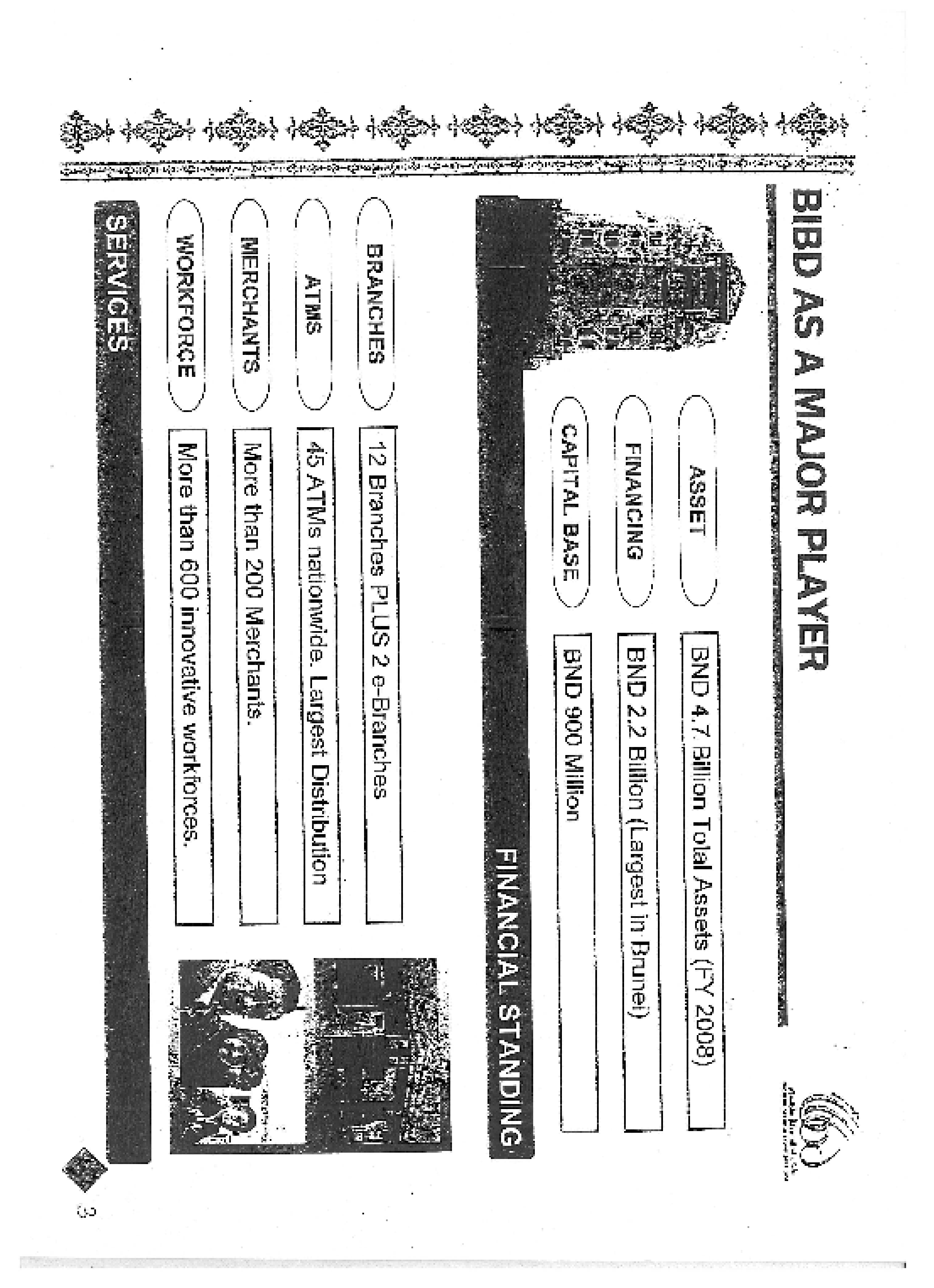
If the goods are bailed for hire, the bailor is responsible for such damage, whether he was or was not aware of the existence of such faults in the goods bailed.

ملحق رقم (2)

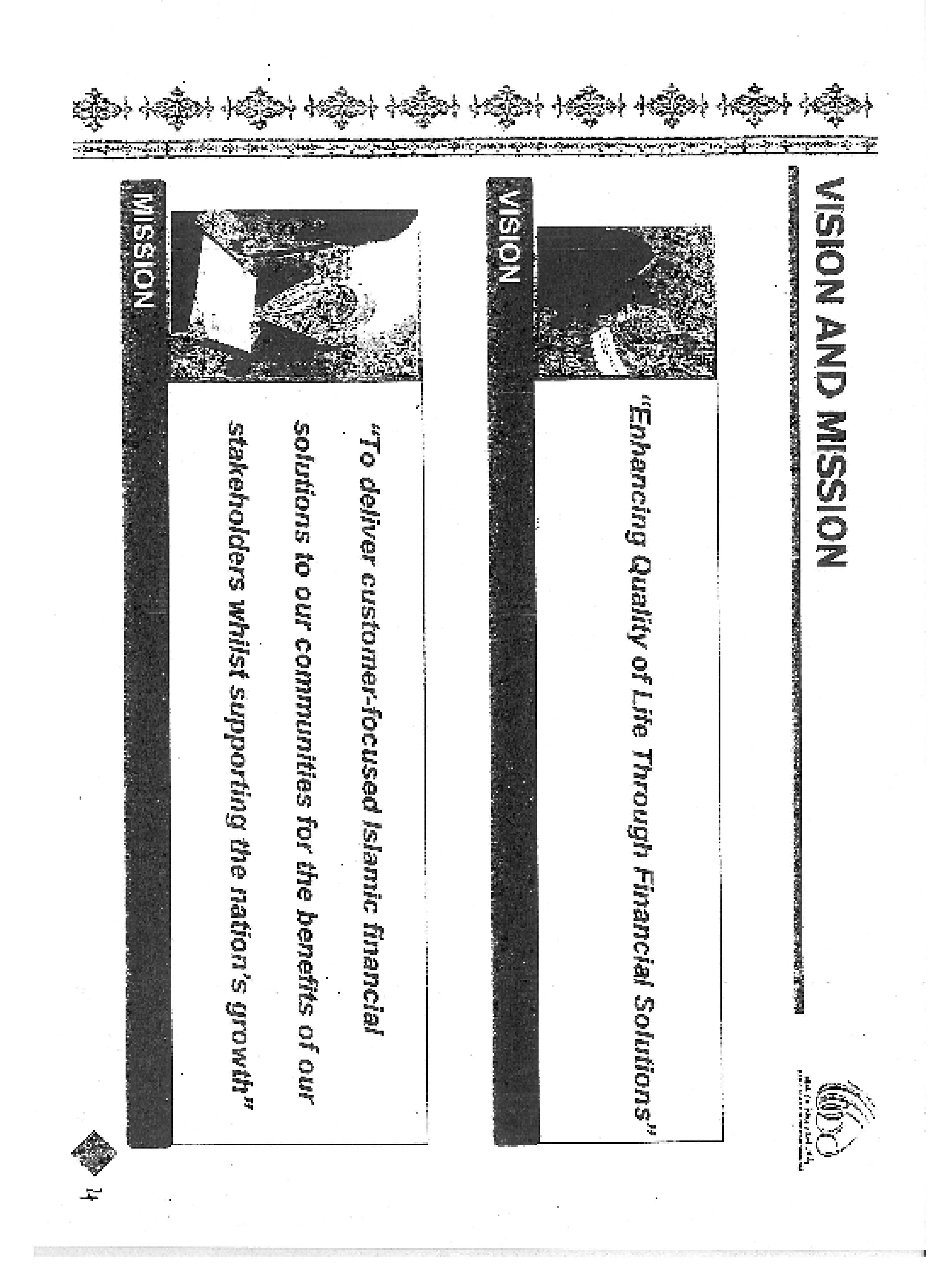
نبذة موجزة عن بنك بروناي دار السلام الإسلامي

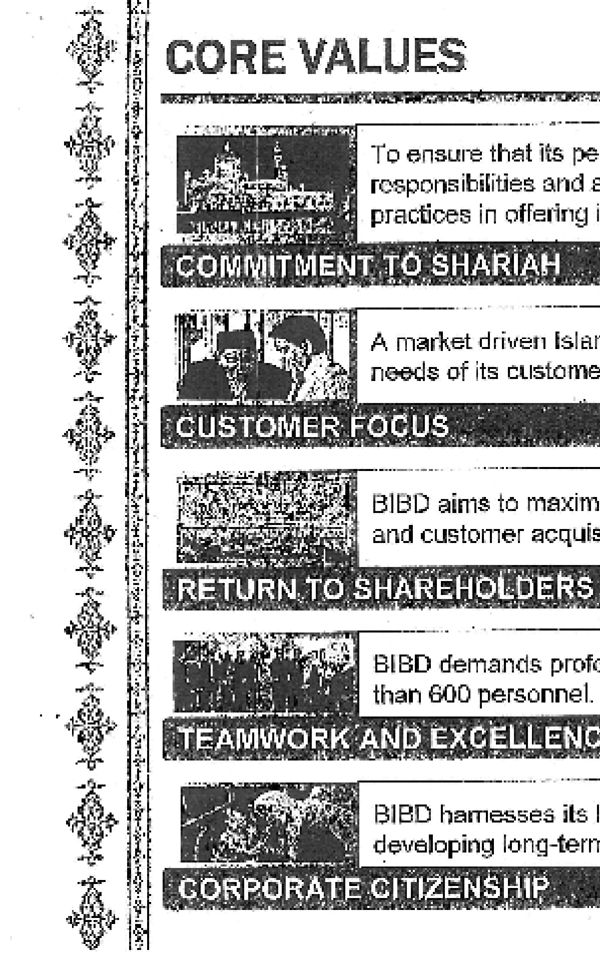

بنك اسلام بروني دارالسلام
BANK ISLAM BRUNEI DARUSSALAM
CORPORATE PROFILE
October 2010
This material should be treated as private and confidential and not to be distributed/circulated outside the intended parties without the consent of the Bank.


ABOUT BANK ISLAM BRUNEI DARUSSALAM
Islamic Bank of Brunei
+
Islamic Development Bank of Brunei
=
Bank Islam Brunei Darussalam
MERGER
His Majesty announces the merger of IBB and IDBB.
BIBD was incorporated.
Full fledged Islamic Bank started operation and known as BANK ISLAM BRUNEI DARUSSALAM BERHAD (BIBD)



BIBD AS A MAJOR PLAYER
ASSET
BND 4.7 Billion Total Assets (FY 2008)
FINANCING
BND 2.2 Billion (Largest in Brunei)
CAPITAL BASE
BND 900 Million
FINANCIAL STANDING
BRANCHES
12 Branches PLUS 2 e-Branches
ATMS
45 ATMs nationwide. Largest Distribution
MERCHANTS
More than 200 Merchants.
WORKFORCE
More than 600 innovative workforces.
SERVICES


VISION AND MISSION
VISION
"Enhancing Quality of Life Through Financial Solutions"
MISSION
"To deliver customer-focused Islamic financial solutions to our communities for the benefits of our stakeholders whilst supporting the nation's growth"
14





CORE VALUES

To ensure that its personnel maintain high ethical standards in carrying out their responsibilities and adopt Shariah standards in accordance to the industry practices in offering its products and services to its customers.

COMMITMENT TO SHARIAH

A market driven Islamic financial institution that constantly strives to address the needs of its customers in a highly competitive environment.

CUSTOMER FOCUS

BIBD aims to maximize returns for its shareholders through customer retention and customer acquisition.

RETURN TO SHAREHOLDERS

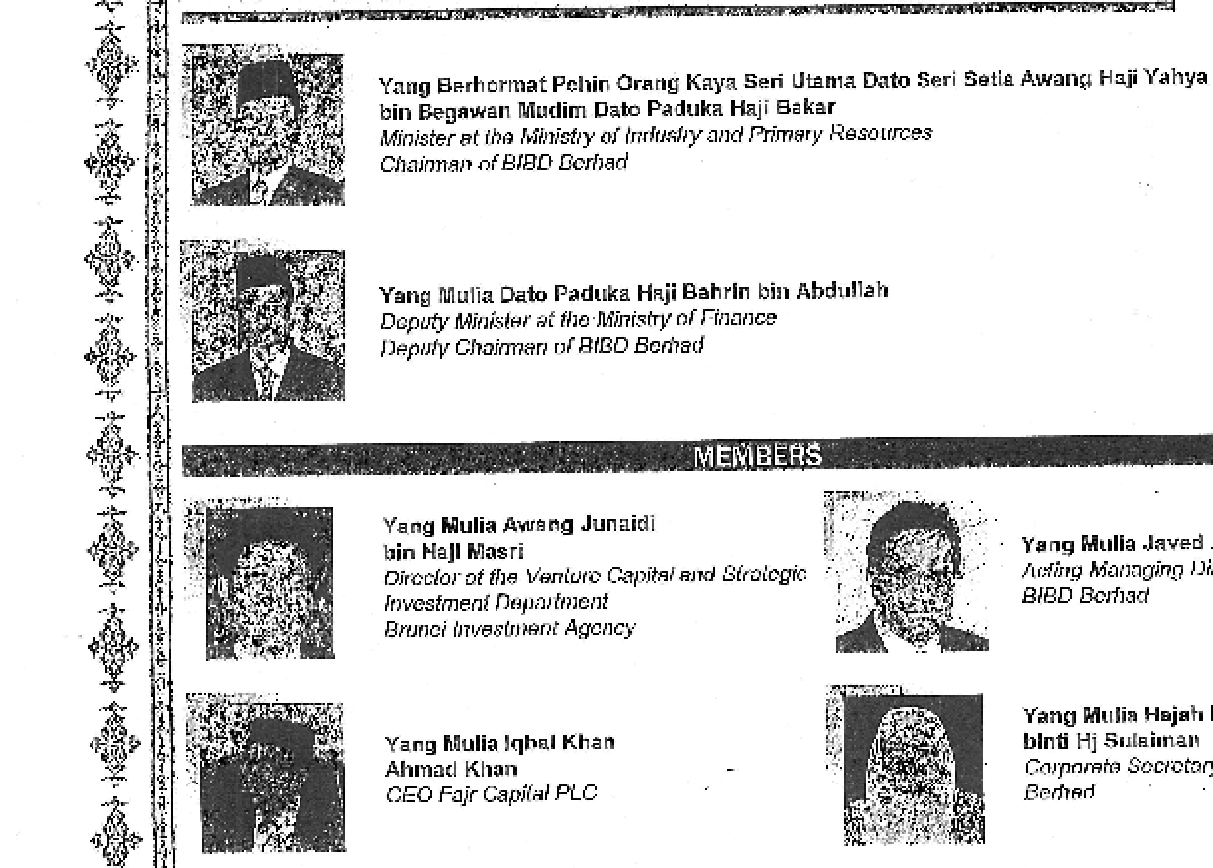
BIBD demands professionalism and teamwork among its human resource of more than 600 personnel.

TEAMWORK AND EXCELLENCE AMONG STAFF

BIBD harnesses its knowledge and resources for the benefit of its customers and developing long-term community relationship.

CORPORATE CITIZENSHIP







OUR BOARD OF DIRECTORS

Yang Berhormat Pehin Orang Kaya Seri Utama Dato Seri Setia Awang Haji Yahya bin Begawan Mudim Dato Paduka Haji Bakar
Minister at the Ministry of Industry and Primary Resources
Chairman of BIBD Berhad

Yang Mulia Dato Paduka Haji Bahrin bin Abdullah
Deputy Minister at the Ministry of Finance
Deputy Chairman of BIBD Berhad

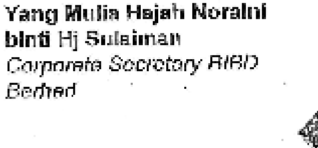
MEMBERS

Yang Mulia Awang Junaidi bin Haji Masri
Director of the Venture Capital and Strategic Investment Department
Brunei Investment Agency



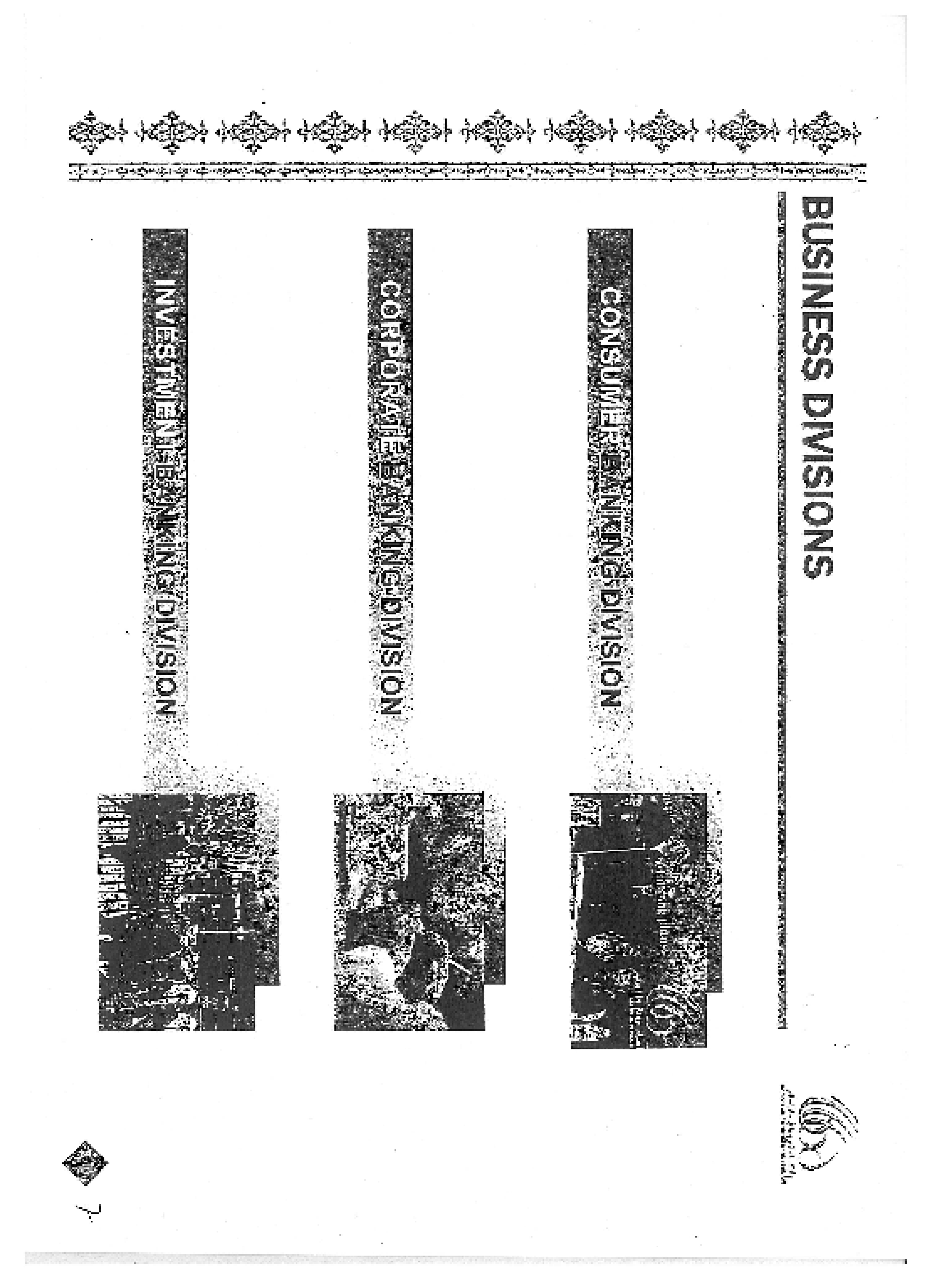
Yang Mulia Javed Ahmad
Acting Managing Director of BIBD Berhad

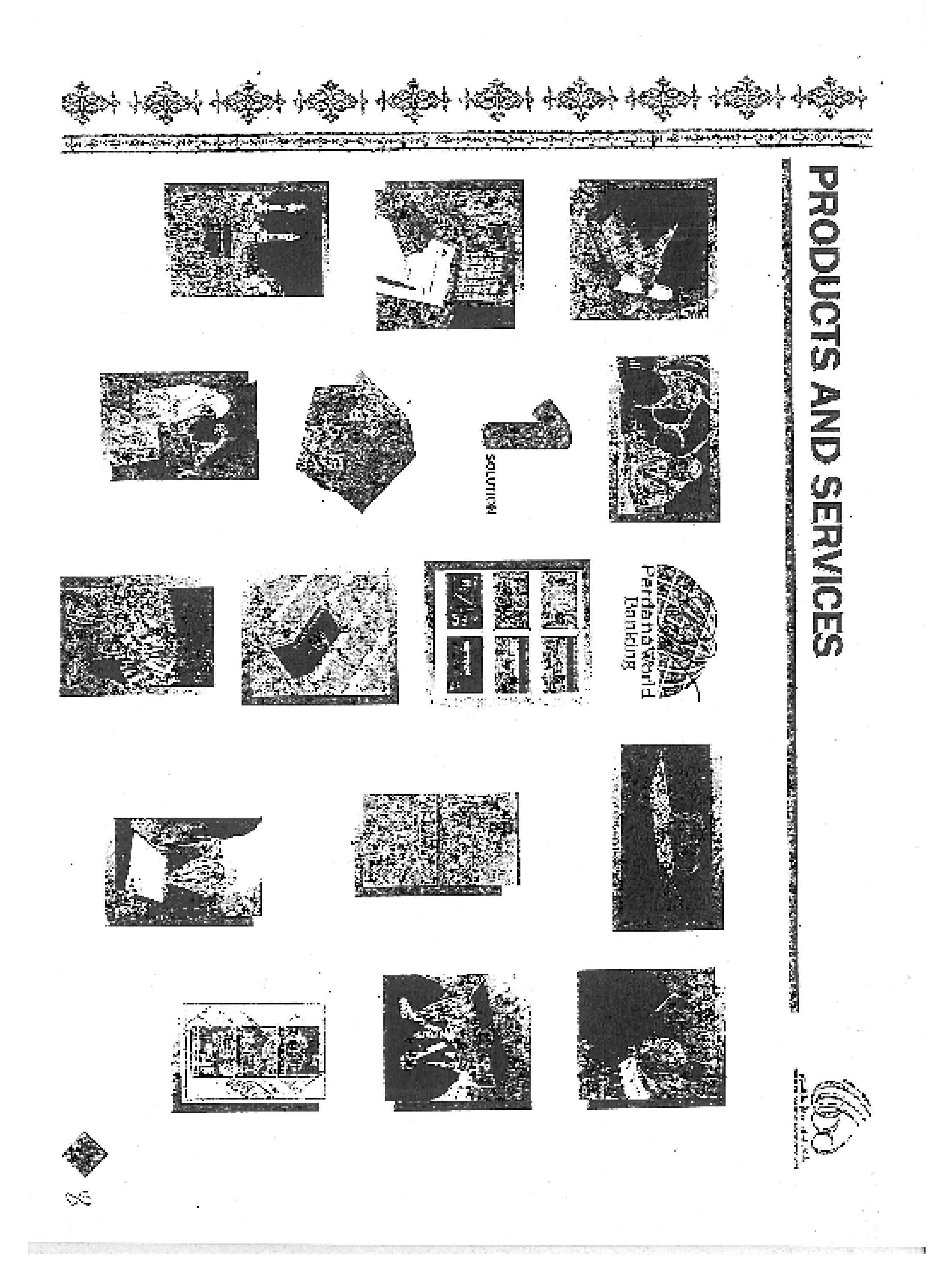
Yang Mulia Iqbal Khan Ahmad Khan
CEO Fajr Capital PLC



Yang Mulia Hajah Noraini binti Hj Sulaiman
Corporate Secretary BIBD Berhad

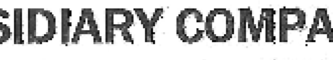
6

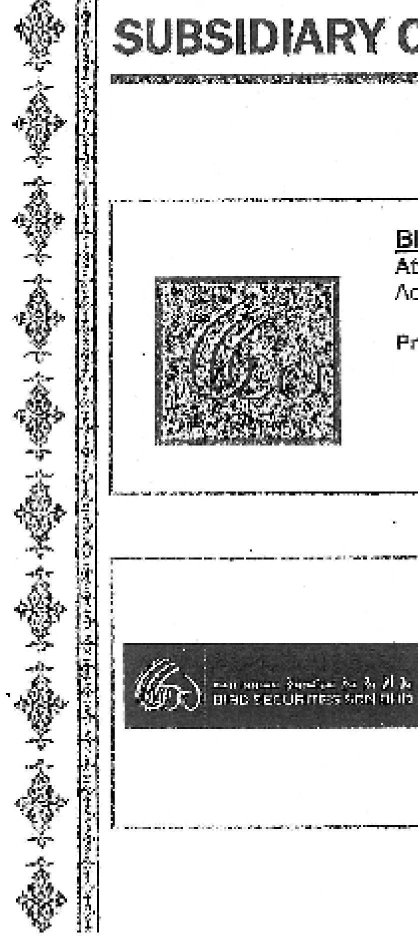

BUSINESS DIVISIONS
CONSUMER BANKING DIVISION
CORPORATE BANKING DIVISION
INVESTMENT BANKING DIVISION


PRODUCTS AND SERVICES
Perdana World Banking



SUBSIDIARY COMPANIES







BIBD AT-TAMWIL BERHAD

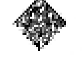
At-Tamwil Berhad is a dedicated Finance Company operated under Finance Companies Act, Cap.89 and governed by the Hire-Purchase Order, 2006, Article 83(3)

Products & Services:

- *AITAB New & Used Vehicle Financings*
- *AITAB Consumer Product Financings*
- *BBA Fixed Deposit Financings*
- *Golden Savers Fixed Deposit Financings*
- *Al-Wadiah Savings Account*

BIBD SECURITIES SDN BHD

- To provide Brunei citizens and institutions in Negara Brunei Darussalam to participate in Islamic share investments in accordance with Shariah principles listed in the Kuala Lumpur stock market and shares listed in the Singapore Stock Market.
- To provide brokerage services for both local and foreign shares.





ملحق رقم (3)

عقد الكفالة الشخصية الدائمة

PERSONAL CONTINUING GUARANTEE

To:

BANK ISLAM BRUNEI DARUSSALAM BERHAD
Lot 159, BIBD Building, Jln Pemancha,
Bandar Seri Begawan BS8711
Brunei Darussalam

IN CONSIDERATION of you at my/our request granting or continuing to grant financing facilities or otherwise affording or continuing to afford financing or banking accommodation to ____________________ of ______________________________ (hereinafter called "the Customer") I/We ____ hereby unconditionally guarantee to you payment by the Customer of the said financing facilities including your profit margin in respect thereof amounting to ____________________ (B$ __________) only (hereinafter called "the said sum") and I hereby further agree and undertake with you as follows:-

1. To pay and satisfy to you on demand all and any part of the said sum and all such other sums of money which are now or which hereafter may from time to time become due and owing and unpaid to you from or by the Customer on any current or other account or in any manner whatsoever whether as a principal or surety and whether alone or jointly with any other person or corporation and in whatever name or style including any commission, fees and other charges and expenses which you may in the course of your business as banker charge the Customer and all costs charges and expenses which you may incur in enforcing or seeking to enforce any security for or obtaining or seeking to obtain payment of all or any part of the money hereby guaranteed and to make good any default by the Customer or his estate in payment of the said sum and all such other sums of money or any part thereof.

2. All money received from or on account of the Customer or from any other person or estate or from the realisation of any security or otherwise for the purpose of being applied in reduction of the money hereby guarantee shall be treated for all purposes as payments in gross and not as appropriated or attributable to any specific part or item of the said sum even if appropriated thereto by the person otherwise entitled so to appropriate. All securities now or at any time held by you shall be treated as securities for the general balance of the said sum. I/we will make no claim to such securities or any part thereof unless and until I/we have paid all moneys due from me/us under this Guarantee and you shall have received the full amount of such general balance of the said sum.

3. If the Customer becomes bankrupt or insolvent or being an incorporated company shall be wound up, you may prove in the bankruptcy or winding up for the whole amount outstanding against the Customer on such general balance and not to make but the full amount hereby guaranteed shall be payable by me/us to you until you shall have received from all sources one hundred cents in the dollar. After you have received such ultimate balance in full any claim on my/our part to any excess or any securities remaining in your hands shall be a matter of adjustment between you and me/us and any other person or persons laying claim hereto.

4. The bankruptcy or insolvency of the Customer shall not affect or determine my/our liability under this Guarantee which shall continue in full force and effect until you shall have been repaid all moneys due to you from the Customer immediately before the Customer's bankruptcy or insolvency.

5. This Guarantee shall be without prejudice to and shall not be adversely affected or reduced nor shall I/we be released, discharged, exonerated by any of the matters following:-

   (a) any variation, extension, discharge, compromise, dealing with, exchange or renewal of any rights or remedy which you may now or hereafter have from or against the Customer and/or any other person in respect of any of the obligations and liabilities of the Customer and /or any other person under and in respect of the said Financing facilities; or

   (b) the variation, exchange, renewal, release or modification of any such securities or the refusal or neglect to complete enforce or assign any judgement specialty or other security or instrument negotiable or otherwise and whether satisfied by payment or not; or

   (c) any act or commission by you or any other person in taking up, perfecting or enforcing any security or guarantee from or against any of the Customer and/or any other person; or

   (d) any termination, amendment, variation, novation or supplement of or to the Financing facilities or any part thereof; or

   (e) any grant of time, indulgence, waiver or concession to the Customer and/or to any other person; or

   (f) any bankruptcy, insolvency, liquidation, administration, winding-up, incapacity, limitation, disability, the discharge by operation of law and any change in the constitution, name and style of the Customer and/or any other person; or

   (g) any invalidity, illegality, unenforceability, irregularity or frustration of any actual or proposed obligation of the Customer and/or any other person; or

   (h) any claim or enforcement of payment from the Customer and/or any other person; or

(i) any act or omission which would not have discharged or affected my/our liability had I/we been a principal debtor instead of guarantor or by anything done or omitted by any person which but for this provision might operate to exonerate or discharge me/us or otherwise reduce or extinguish my/our liability under this Guarantee; or

(j) Any negotiable securities including other guarantees which you may now or at any time hereafter hold from the Customer or any other person in respect of any money hereby guaranteed.

6. Any accounts settled or stated by or between you and the Customer or admitted by or on behalf of the Customer may be adduced by you and shall in that case be accepted by me/us and my/our personal representatives as conclusive evidence that the balance or amount thereby appearing is due from the Customer to you.

7. This Guarantee shall continue to bind me/us notwithstanding any absorption or amalgamation that may be effected by you with any other company or companies, person or persons or notwithstanding any reconstruction by you involving the formation of and transfer of all or any of your assets to a new company or notwithstanding the sale of all or any part of your undertaking and assets to another company whether the company or companies with which you amalgamate or the company to which you transfer all or any of your assets either on a reconstruction, absorption or sale as aforesaid shall or shall not differ in their or its objects character and constitution from you it being my/our intention that this Guarantee shall remain valid and effectual in all respects in your favour and that the benefit of this Guarantee and all rights conferred upon you hereby may be assigned to and enforced by any such company or companies, person or persons and proceeded with in the same manner to all intents and purposes as if such company or companies person or persons had been named herein instead of you.

8. You may enforce this Guarantee against me/us at any time notwithstanding that any bills or other instruments covered by it may be in circulation or outstanding and include the amount of the same or any of them in the said general balance and this Guarantee cannot be determined by me/us except on the terms of my/our making full provision up to the limit of my/our guarantee for any then outstanding liabilities or obligations or/and part hereunder and on the Customer's account.

9. (a) If this Guarantee ceases to be continuing for any reason whatsoever, you may open a new account or accounts in the name of the Customer.

(b) If you do not open a new account or accounts pursuant to clause 10(a), it shall nevertheless be treated as having been credited to the new account or accounts and shall not operate to reduce the amount for which this Guarantee is available at that time nor shall my/our liability under this Guarantee in any manner be reduced or affected by any subsequent transactions, receipts, or payments into or out of any such accounts.

(c) As from that time, all payments made to you by or on behalf of the Customer shall be credited or be treated as having been credited in the new account or accounts and shall not operate to reduce the amount for which this Guarantee is available at that time nor shall my/our liability under this Guarantee in any manner be reduced or affected by any subsequent transactions, receipts, or payment into or out of any such accounts.

10. Any money received under this Guarantee may be placed and kept to the credit of a suspense account for so long as you think fit without any obligation in the meantime to apply the same or any part thereof in or towards discharge of any money or liabilities due or incurred by the Customer to you.

11. No assurance, security or payment which may be avoided under any enactment relating to bankruptcy or under the Companies Act, Cap. 39 or any statutory modification thereof and no release settlement or discharge which may have been given or made on the faith of any such assurance, security or payment shall prejudice or affect your right to recover from me/us to the full extent of this Guarantee.

12. You shall be at liberty without notice to me or any of us to release or discharge any of us liable under this Guarantee from the obligations hereunder or to accept any composition from or make any arrangements or variations of the terms of this Guarantee with any of us as aforesaid without thereby prejudicing or affecting in any manner whatsoever your rights and remedies against the remaining others.

13. You shall be at liberty but not bound to resort for your own benefit to any other means of payment at any time and in any order you think fit without thereby diminishing my/our liability hereunder and you may put this Guarantee in force either for the payment of the ultimate balance of the money hereby guaranteed after resorting to other means of payment or for the balance due at any time notwithstanding that other means of payment have not been resorted to and in the latter case without entitling me/us to any benefit from such other means of payment so long as any money remains due from the Customer to you.

14. This Guarantee is expressly intended to and shall be a continuing guarantee for all moneys whatsoever now or from time to time owing to you by the Customer notwithstanding that the Customer may at any time or times cease to be indebted to you for any period or periods and notwithstanding any settlement of account or accounts.

15. Any indebtedness of the Customer now or hereafter held by me/us is hereby subordinated to the indebtedness of the Customer to you and such indebtedness of the Customer to me/us shall be collected, enforced and received by me/us and be paid over to you on account of the indebtedness of the Customer to you but without reducing or affecting in any manner my/our liability under the other provisions of this Guarantee.

16. All sums of money which may not be recoverable from me/us on the footing of a guarantee whether by reason of any legal limitation, disability or incapacity on or of the Customer shall nevertheless be recoverable from me/us as the sole or principal debtor and shall be repaid by me/us on demand made by you.

17. Any release, discharge or settlement between me/us and you in relation to this Guarantee shall be conditional upon no right, security, disposition or payment to you by me/us and any other person being void, set aside or ordered to be refunded pursuant to any enactment or law relating to breach of duty by any person, bankruptcy, liquidation, administration, protection from creditors generally or insolvency or for any other reason. If any such right, security, disposition or payment is void or at any time set aside or ordered to be refunded, you shall be entitled subsequently to enforce this Guarantee against me/us as if such release, discharge or settlement had not occurred and any such security, disposition or payment had not been made.

18. All sums payable by me/us under this Guarantee shall be paid to you in full without any set-off, condition or counterclaim whatsoever.

19. This Guarantee shall be additional to any other guarantee for the Customer signed by me/us that you may at any time hold and this Guarantee shall continue notwithstanding the death of the Customer or the assumption of any partner or partners or any change which may from time to time take place in the firm if the Customer was a firm.

20. Nothing done or omitted by you in pursuance of any authority or permission contained in this Guarantee shall affect or discharge my/our liability hereunder.

21. I/we have not taken or received, and agree not to take, exercise or receive the benefit of any security or other right or benefit (whether by set-off, counterclaim, subrogation, indemnity, proof in liquidation or otherwise and whether from contribution or otherwise, all together "Rights") from or against the Customer and/or any other person in respect of any liability of or payment by me/us hereunder or otherwise in connection with this Guarantee. If any of such Rights is taken, exercised or received by me/us, I/we declare that such Rights and all monies at any time received or held in respect of such Rights shall be held by me/us on trust for your application in or towards the discharge of my/our liabilities to you under this Guarantee and all other Rights and monies from time to time held on trust by me/us for you hereunder shall be transferred assigned or, as the case may be, paid to you, promptly following a demand from you.

22. You may, without notice to me/us, apply any credit balance which is at any time held by any of your office or branch for my/our account in or towards satisfaction of any sum due and payable from me/us under this Guarantee.

23. No delay or omission on your part in exercising any rights or remedy under this Guarantee shall impair that right or remedy or operate as or to be taken to be a waiver of it, nor shall any single partial or defective exercise of any such right or remedy preclude any other or further exercise under this Guarantee of that or any other right or remedy.

24. Your rights under this Guarantee are cumulative and shall be in addition to and shall not be in anywise prejudiced or affected by any collateral or other security now or hereafter held by you for repayment of the ultimate balance due at any time from the Customer under or in respect of the said financing nor shall such collateral or other security or lien to which you may be otherwise entitled be in anywise prejudiced or affected by this Guarantee.

25. Any waiver by you of any term of this Guarantee, or any consent or approval given by you under it, shall only be effective if given in writing and then only for the purpose and upon the terms and conditions, if any, on which it is given.

26. If any provision of this Guarantee offends any applicable law, and/or any Syariah principles, and as a consequence is illegal, invalid or unenforceable then:

(a) where the offending provision can be read down so as to give it a valid and enforceable operation of a partial nature it must be read down to the extent necessary to achieve that result; and

(b) in any other case the offending provision must be severed from this Guarantee in which event the remaining provisions of this Guarantee operate as if the severed provision had not been included.

27. This Guarantee is freely assignable or transferable by you.

28. None of my/our rights hereunder is assignable and I/we may not transfer any of my/our obligations under this Guarantee or enter into any transaction which would result in any of those rights or obligation passing to another person or corporation.

29. You may disclose, to any person related to you and/or any person to whom you are proposing to transfer or assign or has transferred or assigned any of your rights under this Guarantee any information about me/us (any person connected or associated with [illegible]). I/we represent and warrant that I/we have (and shall, subject to the contrary requirement of law) will maintain any necessary authority by or on behalf of any such person to agree to the provisions of this clause.

30. This Guarantee is governed by and shall be construed in accordance with the laws of Brunei Darussalam and parties agree to submit to the non-exclusive jurisdiction of the Courts of Brunei Darussalam.

31. All costs including stamp fees, legal fees on a solicitor and client basis and disbursements incurred or paid by you incidental to this Guarantee or for the collection of any monies due or to become due hereunder shall be borne by and paid by me/us.

32. In this Guarantee unless there is something in the subject or context inconsistent with such construction or unless it is otherwise expressly provided:-

(a) words importing the masculine gender includes feminine gender;

(b) words in the singular include the plural, and words in the plural include the singular;

(c) Where this Guarantee is given or executed by two (2) or more persons, agreements, covenants guarantees stipulations and undertakings expressed to be made by and on the part of such persons shall be and are binding upon such persons jointly and severally.

(d) Where the guarantor here in is a firm, the liability of the guarantor hereunder shall be the joint and several liability of the partners in the firm.

13. This Guarantee shall be binding upon my/our respective heirs and my/our personal representatives or being an Incorporated Company upon my/our successors-in-title and assigns.

14. Any notice demand or request required or permitted to be given or made under this Guarantee shall be in writing and shall be sufficiently made or given to me/us or my/our legal personal representatives either personally or by sending the same by registered post addressed to me/us at my/our address above written and shall in such event be deemed to have been served on and duly received by me/us on the 5th day after posting.

I hereby declare that the contents of this Guarantee have been explained to me in the ________________ language and I/we have perfectly understood the terms before signing it.

Dated this _____ day of ____________ , 200__

SIGNED by the Guarantor

[Name]
(Brunei_______ IC No__________)   )
)   ....
)

In the presence of:-

....
Name of witness :
NRIC No :
Occupation :
Address :

SIGNED by the Guarantor

[Name]
(Brunei_______ IC No__________)   )
)   ....
)

In the presence of:-

....
Name of witness :
NRIC No :
Occupation :
Address :

2

THE RIGHTS AND LIABILITIES OF SURETY IN BRUNEI LAW AND ISLAMIC LAW: A COMPARATIVE STUDY

By

Siti Nurasamah Haji Damit

Supervisor

Dr. Ismail Mohamad Hasan Albarrishi

ABSTRACT

This study focuses on the rights and liabilities of the surety in Brunei Law and Islamic Law. It consists of four chapters. Chapter One introduces and discusses Brunei Law, the principle of the guarantee arrangement (*kafalah*) in Islamic jurisprudence (*fiqh*) as well as the role of the guarantee in modern economic transactions. That the exposition of the guarantee (*kafalah*) is more comprehensive in Islamic jurisprudence than in Brunei Law will also be highlighted. Chapter Two examines the similarities and differences with regard to the rights of the surety according to Brunei Law and Islamic Law. Although there are similarities between the two, i.e, right of reimbursement, more rights are accorded to the surety in Islamic Law than in Brunei Law. Chapter Three establishes that both Brunei Law and Islamic Law deem it the responsibility of the surety to undertake the debts of the principal debtor, hence assigning the surety equal liability with the principal debtor. Finally, Chapter Four examines the application of the rights and liabilities of the surety by the Islamic Bank of Brunei Darussalam (BIBD) whereby the liabilities of the surety are explicitly stated in the guarantee agreement.